Puchta

~~Errat.~~

[illegible]

Burger

Pandekten

von

G. F. Puchta.

Achte vermehrte Auflage.

Nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. A. Rudorff,
Geh. Justizrath und ordentl. Professor der Rechte in Berlin.

Leipzig,
Verlag von Johann Ambrosius Barth.

1856.

Vorwort des Herausgebers zur vierten Auflage.

Als im Sommer 1845 früher als zu erwarten stand eine Wiederholung der im Jahre vorher erschienenen zweiten Ausgabe dieses Lehrbuchs nöthig wurde, suchte der Verfasser durch eine beträchtliche Vergrößerung der dritten Auflage zu verhüten, „daß nicht durch allzu häufig andringendes Erscheinen vor dem Publicum diesem das Wohlwollen zu einer Last gemacht werde."

Die Verstärkung hat den beabsichtigten Erfolg nicht gehabt: in verhältnißmäßig kürzerer Zeit ist das Bedürfniß einer vierten Auflage eingetreten.

Indem ich Kraft der von dem Verstorbenen mir anvertrauten Sorge für seinen literarischen Nachlaß die Ausstattung dieser Ausgabe übernahm, fand ich eine doppelte Pflicht zu erfüllen. Es galt, nicht nur die Vorzüge, sondern selbst die Eigenheiten, mit denen sein vollendetstes Werk dem Publicum werth geworden ist, unverkümmert zu bewahren. Demnächst war die unterbrochene Arbeit, dem Fortschritt der Wissenschaft entsprechend, in seinem Geiste — so weit dieses überhaupt möglich ist — weiter zu führen.

Das Letztere ist in den durch meine Namenschiffer unterschiedenen Noten versucht worden, in welchen die seit der dritten Ausgabe erschienene Literatur in ähnlicher Weise wie die frühere

noch vom Vrf. benutzte berücksichtigt worden ist. Dagegen habe ich den Text mit seltenen Ausnahmen ungeändert gelassen, da weder die Arbeit selbst noch die Ausstellungen der Recensionen zu erheblichen Verbesserungen Anlaß gaben.

Möge der eingeschlagene Weg geeignet befunden werden, die dem Buche zugewandte Gunst ihm ferner zu erhalten.

Berlin, am 1sten Juli 1847.

Vorwort zur fünften Auflage.

Der vorstehend ausgesprochene Wunsch ist über Erwarten schnell in Erfüllung gegangen. Unter den auch für wissenschaftliche Unternehmungen nicht glücklichen Verhältnissen des verflossenen Jahres ist die vierte Auflage in gleicher Frist, wie die frühere vergriffen worden. Die gegenwärtige hat, namentlich durch fortgesetzte Beachtung der neuesten civilistischen Arbeiten, einen abermaligen nicht ganz unbeträchtlichen Zuwachs erhalten.

Berlin, am 1sten August 1849.

Vorwort zur sechsten Auflage.

Die vorliegende sechste Auflage hat besonders in folgenden Noten erheblichere Zusätze erhalten: §. 21 h. §. 39 k. §. 166 d. §. 222 b. §. 233 a. §. 235 o. §. 237 e. g. §. 257 g. h. §. 286 c. §. 290 n. o. p. §. 297 a. §. 309 i. k. §. 364 d. e. Einmal (§. 63) ist eine Einschaltung nöthig geworden, durch welche der Text erweitert ist und die Noten h bis s neu hinzugekommen sind.

Ueberdies sind manche eingeschlichene Versehen und Satzfehler der früheren Ausgaben in der gegenwärtigen verbessert

worden; indeß wird in dieser Beziehung jede Mittheilung von Gönnern und Freunden des Werkes an den Herausgeber oder die Verlagshandlung eben so sehr gewünscht, als mit Dank entgegengenommen.

Berlin, am 1sten November 1851.

Vorwort zur siebenten Auflage.

In der siebenten, binnen noch kürzerer Frist als die früheren erscheinenden Auflage sind außer zahlreichen, zum Theil aus Mittheilungen Anderer, größtentheils aber aus eigener sorgfältiger Revision hervorgegangenen Berichtigungen der in den vorigen Ausgaben störenden Versehen und außer den einfachen Literarnotizen, besonders in den §§. 7 d. 9 a. 13 p. 15 o. 19 d. 37 c. 52 a. 97 n. 111 a. 116 a. 157 c. d. e. f. k. 237 f. 251 b. c. 255 c. 266 g. 273 a. 274 a. 280 b. 456 d. 489 h. 503 c*. 524 b. 526 d. kritische Bemerkungen über die während jener Frist erschienenen Aufsätze und Werke neu hinzugefügt worden.

Berlin, am 24sten Dezember 1852.

Vorwort zur achten Auflage.

Neue Vermehrungen der achten Auflage finden sich vorzüglich §. 7 c. §. 9 a Note n. p. §. 16 r. §. 46 b. §. 51 d a. E. §. 57 o. §. 75 d. §. 83 a. §. 85 d a. E. §. 90 l. §. 91 aa a. E. §. 96 h. §. 99 i. m. §. 133 f. g. §. 125 d. §. 127 c a. E. §. 129 c. §. 133 f a. E. §. 155 b. §. 157 c k. §. 166 f. §. 168 f. §. 178 c. i. §. 207 c a. E. §. 209 g. §. 222 b. §. 248 f. §. 280 b. §. 290 o. §. 327 a. §. 333 c. §. 392 Text und Note c. §. 405

p. r. §. 419 g. §. 447 c. §. 480 c. §. 498 e. §. 505 b. §. 549 h. §. 550 g. Wo auf die Zusätze des Herausgebers zu Puchta's Vorlesungen verwiesen wird, ist die 1854 erschienene (vierte) vermehrte und verbesserte Auflage derselben gemeint.

Die dem Herausgeber und der Verlagshandlung erst während des Drucks von verschiedenen Seiten eingesandten Berichtigungen in den Ziffern der Citate konnten nur zum Theil noch dankbar benutzt werden. Die übrigen sind auf S. XIX f. verzeichnet.

Berlin, am 17ten April 1856.

Inhaltsverzeichniß.

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse. S. 166—173.

Viertes Buch.

Die Rechte an der eigenen Person.

Fünftes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Sechstes Buch.

Die Rechte an Handlungen.

Siebentes Buch.

Die Rechte an Personen.

Achtes Buch.

Das Erbrecht.

Neuntes Buch.

Berichtigungen.

§. 16 S. 30 Z. 8 v. o. lies rechtsverständigen statt rechtsständigen.
- 57 not. g lies L. 20 D. de aqua pluv. (39, 3) statt L. 20 D. de aqua pluv. (39, 2).
- 60 not. m lies L. 4 §. 1 D. de statulib. statt L. 1 §. 1 D. de statulib.
- 96 not. e Z. 2 lies vgl. Savigny, System Bd. VI §. 257 Note w.
- 136 not. a i. A. lies L. 1. 2 §. 3 statt L. 1. 2 §. 9.
- 163 not. a lies §. 27 I. de rerum div. statt L. 27 I. de rerum div.
- 173 not. g lies §. 171 not. y statt §. 171 not. g.
- 201 not. dd lies L. 7 pr. D. h. t. statt L. 7 §. 1 D. h. t.
- 202 not. l Z. 2 lies emit, non statt emit non.
- 206 not. b lies L. 15 §. 3 D. de re iud. statt L. 15 §. 3 C. de re iud.
- 216 not. b a. E. lies L. 15 §. 2 statt L. 14 §. 2.
- 222 not. c sind in L. 17 D. de acceptil. nach fecerit die Worte ausgefallen „partem stipulationis peremit".
- 227 not. p lies L. 37 D. eod. statt L. 37 eod.
- 233 not. g lies L. 13 §. 2 D. de inst. act. (14, 3) statt L. 13 §. 2 D. de inst. act. (14, 2).
- 263 not. a lies L. 6 de rescind. vend. (18, 5) statt (18, 6).
- 267 not. o lies L. 25 §. 16 D. fam. ercisc. (10, 2) statt L. 25 §. 16 D. fam. ercisc. (10, 1).
- 272 not. e lies L. 39 §. 1 D. de leg. statt L. 30 §. 1 D. de leg.
- 277 not. h lies L. 9 §. 2—4 statt L. 8 §. 2—4.
- 277 not. n lies L. 6 D. de tribut. statt L. 16 D. de tribut.
- 279 not. h lies L. 7 §. 1 C. quod cum eo (4, 26) statt L. 7 §. 1 C. quod cum eo (7, 26).
- 285 not. l lies des ersten Cessionars statt Cedenten.
- 319 not. b lies L. 4 eod. statt L. 6 §. 4 eod.
- 324 S. 483 Z. 10 v. o. lies Haftung statt Hoffnung.
- 327 not. b lies L. 6 §. 9—11 statt L. 9 §. 9—11.
- 332 Z. 6 lies Diese Auffassung statt Die Auffassung.

§. 345 not. e lies denselben Sinn hat statt haben.
- 352 not. k lies L. 1 §. 10 D. de tut. act. (27, 3) statt L. 1 §. 10 D. de tut. act. (23, 3).
- 360 not. d lies Seite 283 statt Seite 282.
- 360 not. g lies L. 39 §. 1 eod. statt L. 59 eod.
- 362 not. s Z. 14 lies qui statt ui und Z. 9 v. u. praestitum statt praestatum.
- 366 not. l lies L. 34 C. eod. statt L. 34 D. eod.
- 369 not. l lies L. 20 D. de poss. (41, 2) statt L. 20 D. de poss. (45, 2).
- 489 not. b lies L. 33 pr. C. eod. statt L. 34 pr.
- 515 not. i lies vindicari statt vindicare.

Puchta's Pandekten.

Einleitung.

Das römische Recht der Gegenwart.

§. 1.

Unser Recht ist theils einheimischen, theils fremden Ursprungs. Von den ursprünglich fremden Elementen desselben ist an Umfang und Wichtigkeit keines dem römischen Recht zu vergleichen. Die Gestalt, in welcher dieses von Anfang seinen Einfluß gewann, ist die ihm von Justinian gegebene, die das Corpus iuris civilis in seinen vier Bestandtheilen darstellt: Institutiones, auf den Grund der Institutionen des Gaius mit Zuziehung anderer Schriften und Rechtsquellen verfaßt (publicirt am 21. November, gültig vom 30. December 533 an), Digesta oder Pandectae, aus den Schriften von neun und dreißig älteren Juristen compilirt (publicirt am 16., gültig vom 30. December 533 an), Codex iustinianeus, aus den Gesetzen der Imperatoren von Hadrian an bis auf Justinian herab zusammengesetzt (in seiner neueren Gestalt, repetita praelectio, publicirt am 16. November, gültig vom 29. December 534 an), Novellae, einzeln stehende Gesetze Justinian's seit 535.

Reception.

§. 2.

Nicht durch eine äußere Gewalt, sondern durch die Macht wissenschaftlicher Ueberzeugung ist es geschehen, daß das römische Recht, ähnlich wie die Philosophie der Griechen und die Geisteswerke der alten Welt überhaupt, bey uns Eingang und neues Leben fand. Die justinianischen Gesetzbücher galten in Italien bis zum Anfang des zwölften Jahrhunderts wenigstens nominell als Landesrecht, um diese Zeit wendete sich der dort erwachte wissenschaftliche Geist zur Jurisprudenz, deren Denkmal sie waren, von da an wurden sie nicht mehr als Recht dieses oder jenes Landes, wo sie bis dahin ein kümmerliches Daseyn gefristet

hatten, sondern wie andere Ueberlieferungen des Alterthums als ein Gemeingut aller gebildeten Nationen, dessen Gebrauch keine nationelle Schranke habe, behandelt. So gelangte das römische Recht an Deutschland, wo es sich gleich anfangs des Geistes der gebildeten Staatsmänner und der Gelehrten bemächtigte, dann in die höheren und niederen Gerichte eintrat, endlich selbst dem unmittelbaren Volksbewußtseyn nicht fremd blieb.

Wirkung.

§. 3.

Wie die Literatur und die Kunstwerke der Alten die Grundlage unserer allgemeinen, so ist die römische Jurisprudenz die unserer juristischen Bildung geworden; dadurch hat das römische Recht aufgehört, für uns ein fremdes zu seyn. Damit ist zugleich ein praktischer Einfluß auf unsere Gesetzgebung, Rechtspflege, auf unser gesammtes Rechtsleben ausgesprochen, aber er hat überdieß die bestimmte Form unmittelbarer Gesetzeskraft angenommen, die dem römischen Recht gleich einem einheimischen zuerkannt worden ist, und auch dieß ist nicht durch Gebot einer gesetzgebenden Gewalt, sondern durch die Macht einer stillschweigenden Ueberzeugung, in welcher jene mittelbare und diese unmittelbare Geltung sich noch nicht unterschieden hatte, geschehen [a]).

Beschränkungen.

§. 4.

Diese unmittelbare Gültigkeit („als recipirtes Recht"), welche das römische Recht für den Richter auf gleiche Linie mit dem einheimischen stellt, und die es bis auf diesen Augenblick noch in den meisten deutschen Ländern hat, kommt 1) nur dem Inhalt des Corpus Juris civilis (§. 1.), also weder den sonstigen Ueberlieferungen des älteren Rechts, noch den späteren Bearbeitungen

---

a) S. darüber und gegen frühere Ansichten, welche die Reception des römischen Rechts einer gesetzlichen Anordnung zuschreiben (z. B. einem erdichteten Gesetz des Kaisers Lothar, oder der Kammer-Gerichts-Ordnung von 1495, welche die Gültigkeit des römischen Rechts nur voraussetzt, nicht einführt), unter Andern Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 440 bis 444. (Biener, die Verbreitung des röm. Rechts im Mittelalter: krit. Zeitschrift für Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslandes XIX. 9 [1847]. R.)

und Gesetzgebungen der Nachfolger Justinian's auf dem byzantinischen Thron zu, 2) nur den von der Schule der Glossatoren zu Bologna, durch welche der Uebergang des römischen Rechts auf die Gegenwart vermittelt worden ist, als praktisch anerkannten Bestimmungen jenes justinianischen Rechts, also nicht den Stellen desselben, welche die Glossatorenschule entweder nicht kannte, oder die sie mit Bewußtseyn von der Anwendbarkeit ausschloß[a]). Auf der andern Seite ist durch die Glossatoren einiges zu dem Text der justinianischen Gesetzbücher hinzugekommen, was dadurch eine dem ursprünglichen Text derselben gleichkommende Autorität erhalten hat, dahin gehören die von ihnen recipirten lateinischen Uebersetzungen ursprünglich griechischer Stücke[b]), Auszüge aus den Novellen zu den dadurch abgeänderten Stellen des

a) Es giebt für diese Ausscheidung von Stellen aus dem gesetzlich gültigen justinianischen Recht ein äußeres Kennzeichen, dieß ist der Mangel der Glosse, und zwar der Glosse des Accursius, des letzten Glossators (die in den glossirten Ausgaben des Corpus Juris, wie auch in den meisten Handschriften steht): quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Solche nicht glossirte Stellen finden sich in den Institutionen gar nicht, in den Digesten nur wenige (L. 7 §. 5. L. 8—11 de bon. damn. 48, 20. L. 10—19 de interd. et releg. 48, 22), in dem Codex sehr viele (vgl. Witte, die leges restitutae des justin. Codex 1830. Böcking, Pandekten [1853] I. Anh. 3.). Von den Novellen endlich (nach der Sammlung von 168 Nummern, die den heutigen Ausgaben zu Grunde liegt) sind folgende 96 glossirt: 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159. S. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's 1824 Anhang II. Böcking, Justit. I. S. 73 ff. (Der angeblichen spätern Reception restituirter Stellen z. B. L. 22 [restit.] C. de fide instrum. [4, 21] ist eben so oft widersprochen worden. R.)

b) Streitfrage: ob bey einer Differenz zwischen der von den Glossatoren als authentischer Text behandelten Uebersetzung der Novellen (authenticum, versio vulgata) und dem seit dem 16. Jahrhundert bekannten griechischen Text jene oder dieser vorgehe? Savigny, System I. S. 67. Vgl. Osenbrüggen, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVII. 11 (1842). (Majer daselbst, V. 7 [1848] vgl. §. 428 a*. R.) Abgesehen von dem Fall, daß der in der Vulgata enthaltene Satz Gewohnheitsrecht ist, was jedoch nicht schon im Allgemeinen aus der Reception des römischen Rechts in der Gestalt des den Glossatoren vorliegenden Textes sich entscheidet, wird alles auf die Authenticität des einen oder des andern Satzes ankommen. Bey dieser Untersuchung sodann wird von Erheblichkeit seyn, ob die Abweichung erst durch eine Emendation der Glossatoren veranlaßt ist, oder (wahrscheinlich) schon in der alten Uebersetzung selbst vorhanden war, und in diesem Fall: ob der Uebersetzer an der fraglichen Stelle

Codex (authenticae), Gesetze deutscher Kaiser oder Auszüge davon, welche die Glossatoren in den Codex aufnahmen (authenticae fridericianae).

Verhältniß zum canonischen Recht.

§. 5.

Neben dem römischen Recht ist das canonische (nicht blos für kirchliche, sondern auch für weltliche Verhältnisse) gleicher Weise bey uns geltend geworden. Diese Autorität haben die vier Stücke erhalten, welche das Corpus iuris canonici (clausum) ausmachen: Decretum Gratiani, ein von einem Mönch zu Bologna in der Mitte des zwölften Jahrhunderts verfaßtes Handbuch des canonischen Rechts, enthaltend eine Compilation aus der Bibel, den Kirchenvätern, den apostolischen Canones, Concilienschlüssen, päpstlichen Decretalen, römischen Rechtsquellen, fränkischen Capitularien (blos diese Quellenzeugnisse, nicht die eignen Sätze des Verfassers — dicta Gratiani — haben jene Autorität erlangt); Decretales Gregorii IX, aus päpstlichen Verordnungen der Zeit von 1150 bis 1230 zusammengesetzt (publicirt durch Sendung an die Universitäten zu Bologna und Paris 1234); Liber sextus decretalium (Bonifacii VIII), zur Ergänzung jener gregorischen Sammlung durch spätere Verordnungen (an jene Universitäten gesendet 1298); Clementinae, eine gleichergestalt ergänzende Sammlung durch Clemens V (publicirt und an die Universität Orleans gesendet 1313, von dem Nachfolger jenes Papstes 1317 an die vorher erwähnten Universitäten)[a]). Soweit es sich auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse bezieht, hat das canonische Recht das römische zur Grundlage, es hat an seinem Ort dazu beigetragen, den Uebergang desselben auf die neuere Zeit zu vermitteln, doch sind nicht alle Modificationen, die es zu diesem Behuf für nothwendig hielt, geltend geworden, vielmehr hat die Praxis in manchen Punkten

---

denselben griechischen Text, wie die uns überlieferten griechischen Handschriften, oder einen davon abweichenden vor sich gehabt zu haben scheint.

a) Seit dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts stehen in den Ausgaben des Corpus iur. can. noch zwey Privatsammlungen: Extravagantes Joannis XXII und Extravagantes communes, welchen so wenig als anderen Anhängen der Ausgaben die Autorität jener vier Stücke zuerkannt worden ist. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht I S. 349 ff. Richter, Kirchenrecht §. 79.

die römischen Rechtssätze gegen solche Veränderungen festgehalten oder wiederhergestellt.

Verhältniß zum einheimischen Recht.

§. 6.

Zu dem einheimisch deutschen Recht hätte das römische in das Verhältniß eines bloßen Hülfsrechts für Fälle, die in jenem keine Entscheidung fanden, treten können. Dieß war so wenig der Fall, daß es mit dem Uebergewicht, das ihm seine Eigenschaft als geschlossenen Systems und vor allem als geschriebenen Rechts gab, viele Institute des deutschen Rechts theils aufhob oder wesentlich modificirte, theils in den engeren Bereich blos particulärer Rechtsbestimmungen zurückdrängte. Auf der andern Seite hat auch das römische Recht, wie durch das canonische, so noch mehr durch das deutsche: Reichsgesetze[a]) und Gewohnheitsrecht (§. 6 a), seit dem Anfang seiner Reception viele Modificationen erlitten, die unter dem Ausdruck des heutigen römischen Rechts (im Gegensatz zu dem reinen R. R.) mitbegriffen werden[b]). So erhielt also das römische Recht als adoptirtes keine geringere Wirksamkeit als das eingeborne; diese Gleichheit, wie sie durch die freie Reception begünstigt worden war, trug hinwieder dazu bey, jenem die Eigenschaft eines fremden Rechts zu nehmen. Gegenüber dem particulären Recht einzelner Länder, Provinzen, Orte, hat es allerdings nur die subsidiäre Anwendbarkeit, welche das Sprichwort ausdrückt: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht, aber dieß gilt von jedem gemeinen Recht, auch von dem einheimischen[c]), auch

---

a) Sammlungen von Reichsgesetzen (Reichsabschieden, Reichsschlüssen, Reichsdeputationsabschieden): Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen, Frankfurt 1747, 4 Fol. Gerstlacher, Handbuch der D. Reichsgesetze in system. Ordnung, 11 Bde. 1786 ff., insonderheit der 10. Band, der das Privatrecht enthält. Emminghaus, Corpus Juris Germanici Academicum, 2 Thle. 1824. 2. Aufl. 1844. Eine Zusammenstellung der Modificationen des R. R. durch die R. G. von Graß: Collationum iuris civilis rom. cum recess. imp. rom. germ. etc., zuerst 1703—21 in einzelnen Heften, dann zusammen 1723.

b) Vgl. Savigny, System des heut. R. R. I §. 1. 2.

c) Vgl. Reichs-Hofraths-Ordnung von 1654 Tit. 1. §. 15: Präsident und Reichshof-Räthe sollen — zuvorderst Unsere Römisch-kaiserliche Wahlcapitulation, Reichsabschied, Religion und Profan-Frieden, und den jüngsten Münster und Osnabrückischen Friedenschluß, nach Ausweisung des 17. Art.

hat der Geist des römischen Rechts an der Ausbildung der particulären Rechte keinen geringeren Antheil als die einheimisch deutschen Rechtsanschauungen.

§. 6a.

Das Gewohnheitsrecht, dessen im §. 6 als eines Bestandtheils des heutigen römischen Rechts gedacht worden ist, hat zu Erkenntnißquellen vornehmlich 1) Urkunden über die wirkliche Rechtsanwendung, in welcher die volksmäßige Rechtsüberzeugung sichtbar wird: Rechtsbelehrungen, Gutachten, Urtheile (consilia, responsa, decisiones etc.), namentlich solche, die von angesehenen Collegien (Juristenfacultäten und Gerichtshöfen) ausgegangen, und von denen auch Sammlungen angelegt und herausgegeben worden sind (Noten d, e); 2) aber auch die wissenschaftlichen Arbeiten selbst, besonders der Juristen, deren Werke eine allgemeine Anerkennung gefunden und als Reflexe der herrschenden Ansichten gegolten haben, der s. g. bewährten Rechtsgelehrten. Ein solches Ansehen genoß im Mittelalter die Glosse des Accursius, dann Bartolus mit vielen seiner Zeitgenossen im 14. und 15. Jahrhundert, später die s. g. Praktiker des 16. und 17. Jahrhunderts (ältere Praktiker)[d]), und viele des achtzehnten[e]). Man versteht in diesem Sinn unter Praktikern die

---

§. 1 und 2, wie auch jedes Stands, Lands, Orts und Gerichts sonderlich die gebührliche allegirte und probirte Privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten, und im Mangel derselben die Kaiserliche Rechten, und rechtmäßige Observationes und Gebräuch in acht nehmen.

d) Unter Andern: Andr. Gaill, pract. observationum ad proc. cam. imp. libri II, zuerst 1580. Joach. Mynsinger, consiliorum decades sex, zuerst 1576. — Singulares observ. camerales, zuerst 1576. Ant. Faber, codex definitionum forens. et rerum in Sabaud. senatu tract. zuerst 1606 („codex fabrianus"). Herm. Vulteius, consilia s. responsa facultatis iurid. in acad. Marpurg. IV vol. 1611 ff. Matth. Berlich, conclusionum practicabilium secundum ordinem D. Augusti liber, zuerst 1614 ff. 4 Thle., — Decisiones 1625. 1660, 3 Thle. Bened. Carpzov, iurisprudentia forensis romano-saxonica sec. ord. const. D. Aug. zuerst 1638, — Responsorum libri sex, zuerst 1642, — Decisionum saxon. tres partes, zuerst 1646 ff. Dav. Mevius, decisiones Wismariensis tribunalis, zuerst 1664 ff. Ferd. Chr. Harpprecht, consilia iuridica tubingensia 1695 ff., 7 Bde. Nic. Chr. de Lynker, consilia s. responsa 1704 ff. 2 Bde. Jo. Balth. a Wernher, selectae observationes forenses, zuerst 1710 ff.

e) J. H. Böhmer, consultationes et decisiones 1733 ff., 3 Bde. Fr. Es. a Pufendorf, observ. iuris universi, quibus praecipue res iudicatae summi

juristischen Schriftsteller, welche das Recht in unmittelbarster Beziehung auf die Anwendung behandelten, deren Untersuchungen durch Rechtsfälle veranlaßt sind, und die dann auch ihre Resultate

---

tribunalis (Cellensis) continentur, zuerst 1744 ff., 4 Bde. D. G. Strube, rechtliche Bedenken, Hannov. 1761 ff. u. öfter. 5 Thle. (Systematisch geordnet von E. Spangenberg 1827 ff.) C. F. Hommel, rhapsodia quaestionum in foro obvenientium, neque tamen legibus decisarum 1765 f., 1782 f. 7 Bde. J. A. G. Kind, quaestiones forenses observ. ac praesertim decisionib. saxon. supremi provoc. tribun. illustratae, zuerst 1792 ff. 4 Thle. (F. v. Bülow und) Th. Hagemann, prakt. Erörterungen — mit Urtheilssprüchen des Zelle'schen Tribunals und der übrigen Gerichtshöfe bestärkt 1798 ff. 7 Bde. Achter Band von Spangenberg 1829. G. H. v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, größtentheils in der götting. Juristenfac. und in der k. Justizkanzley zu Hannover gesammelt 1802 ff. 4 Thle. Ein, jedoch sehr unvollständiges Repertorium über die früheren Werke ist J. C. C. Schröter, repertor. iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. 1793. 1799, 2 Bde.

Sammlungen mit ausführlicheren oder kürzeren Ausführungen aus dem gegenwärtigen Jahrhundert, unter andern: die schon im vorigen begonnene Collectio notab. decis. supremi trib. appell. hasso-casselani 1768—1821, 17 Theile (13—17 auch unter dem Titel: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. d. O. A. G. zu Cassel, herausg. von B. W. Pfeiffer 1818—21); ihr schließt sich an B. W. Pfeiffer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiss. Mit Erkenntnissen des O. A. G. zu Cassel 1825—41, 6 Bde. 7. Bds 2. Abth. 1846. und: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. 2c., herausgegeben, unter Aufsicht des Justizmin., von F. Strippelmann, 1842 ff. 8 Thle. — C. A. Gottschalk, sel. disc. for. capita. Additae sunt decis. sax. supr. prov. tribun. 1816 ff. 3 Thle. (G. A. Ackermann, Rechtssätze aus Erkenntnissen des k. O. A. G. zu Dresden [bis 1854 der neuen Folge vierter Band]. C. F. Tafel, auserlesene Civilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Württemberg. 2. Bd. 1854. R.) — Waldek, Controversenentscheidungen des gem. O. A. G. des Herz. Braunschweig 2c. 1. Thl. 1827. — W. v. d. Nahmer, Samml. der merkwürd. Entscheid. des herzogl. nassauischen O. A. G. 1824 ff. fortgesetzt von Chr. Flach 1842 ff. — (v. Nettelbladt, Rechtssprüche des O. A. G. zu Parchim 1837 ff. 6 Bde. R.) — Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des O. A. G. zu Lübeck in hamburg. Rechtssachen 1. Bd. 1843 ff. 2. Bd. 2. und 3. Abth. Erkenntnisse aus dem Jahr 1852 und 1853 enthaltend. 1853. (Desgleichen in Frankfurter Rechtssachen, herausgegeben von J. J. Römer. 1. Bd. 1854, durch einen Verein von Juristen. 1. Bd. 1854. — Samml. von Entscheidungen in Rostockischen Rechtsfällen 1849. 1853. — C. Arends, Samml. interessanter Erkenntnisse aus dem gem. und bayer'schen Civilr. und Civilprozesse 1849 ff. 1. Bd. Heft 1. — Simon u. v. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe 1828—36, 4 Bde. Entscheidungen des k. Geheimen Obertribunals 1837—55, 29 Bde.

durch die wirkliche Anwendung belegten; ein Umstand, der hinwieder ihren Ansichten einen bedeutenden Einfluß auf die Praxis sichern mußte. Hülfsmittel für die Kenntniß dieser Praxis sind Handbücher, welche dieselbe entweder vorzugsweise zum Gegenstand haben[f]), oder wenigstens eine fortwährende Rücksicht darauf nehmen. Nur sind ihre Angaben häufig unzuverlässig, indem sie nicht selten eine gemeine Praxis ohne hinreichenden Grund behaupten, während die wirkliche Anwendung entweder überhaupt schwankend und unentschieden ist, oder nur sehr particulär, etwa in einem einzelnen Lande vorkommt.

Oppositionen.

§. 7.

Das römische Recht hat seinen Weg in Deutschland nicht ohne mancherley Anfechtung gemacht, die zum Theil durch mangelhafte Auffassung und Behandlung desselben von Seiten seiner Anhänger selbst hervorgerufen worden ist. Die wichtigsten dieser Oppositionen sind die von dem Standpunkt der besonderen Nationalität aus erhobenen. In den ersten Jahrhunderten wurde der Kampf gegen seinen Inhalt für das hergebrachte deutsche Recht geführt[a]), später richtete er sich vorzugsweise gegen die Form eines unbequem eingerichteten, ungleich abgefaßten, manche Widersprüche in sich schließenden, in fremder Zunge sprechenden Gesetzbuchs, zu Gunsten eines neuen von uns selbst zu verfassenden, in dem man sich übrigens eine materielle Herrschaft der römischen Rechtsbestimmungen wohl

---

Vgl. C. F. Koch, Beurth. der ersten 10 Bde. 1847. — Rechtsfälle aus der Praxis des k. Geheimen Obertribunals neuern Verfahrens. Aus amtlicher Mittheilung. 1847 ff. 2 Bde. — Präjudizien des Geheimen Obertribunals seit ihrer Einführung 1832 bis zum Schluß des Jahrs 1848 nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet. 1849. Striethorst, Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheidungen des k. Ober-Tribunals 1. Bd. 1853. — J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 1847 ff. [bis 1854 Bd. VII.] R.)

f) Jo. Schilter, exerc. ad pand. (praxis iuris romani) zuerst 1675 ff. Sam. Stryk, usus modernus pandectarum, zuerst 1690 ff. (Neuere Handbücher in dieser Richtung sind: C. F. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 1. Bd. 1844. 2. Bd. 1845. 1847. 3. Bd. 1851. R. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3 Bde. 1843—1854. R.)

a) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 444.

hätte gefallen lassen[b]), endlich ist daneben die nationelldeutsche Opposition wieder aufgetreten, welche mit der ältesten die Richtung auf den Inhalt gemein hat, aber nicht wie diese für ein bestehendes hergebrachtes Recht, sondern für eine zukünftige, nach Abstreifung römischer Bildung zu erwartende germanische Entwickelung kämpft[c]). Das römische Recht ist aus dem ersten dieser Kämpfe siegreich hervorgegangen, es hat sich ergeben, daß der zweite sein Wesen gar nicht berührte, der dritte wird die Macht, die seinem Geist beschieden ist, schwerlich zu verringern im Stande seyn[d]).

Resultat.

§. 8.

Die Wichtigkeit des römischen Rechts für unsere rechtlichen Zustände ist von seiner Geltung als recipirtes Recht, wovon bisher die Rede war, unabhängig. Jene gesetzliche Autorität des Corpus Juris civilis könnte abgeschafft werden, und sie ist wirklich in mehreren deutschen Ländern beseitigt worden, ohne die Bedeutung des römischen Rechts wesentlich zu verringern. Denn diese liegt vorzugsweise in dem unermeßlichen Einfluß, den es auf unser (gleichviel in welcher Form) geltendes Recht geübt hat, und eben so auf dessen künftige Fortbildung üben muß, sie liegt in der rechtlichen Gemeinschaft aller deutschen Länder, die sich thatsächlich an

b) Dieser formellen Richtung, welche namentlich auch bey den Gesetzgebern der Mitte des vorigen Jahrhunderts Anklang gefunden hat (vgl. Cocceji Project des corporis iuris fridericiani Th. 2. Vorrede, Kreittmayr, Anmerk. über den cod. max. bavar. civil. I. 2, 9), gehört auch die Schrift von Thibaut: über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814 an, mit ihren zahlreichen Geschwistern und Nachkommen.

c) Vgl. Bluntschli, die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841 S. 30—52. (Der neuste Versuch ist: Dr. Carl Adolf Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. Bd. 1. die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts 1853, eine Schrift, welche der vermeinten „Subjectivität" des römischen Rechts die Zerstörung der „objectiv" sittlichen Rechtsordnung des deutschen aufbürden möchte, obgleich diese Rechtsordnung erst in neuerer Zeit lange nach der Reception des erstern in Frage gestellt ist. R.)

d) (Eine wesentlich andere Stellung gegen das römische Recht nimmt Gerber's deutsches Privatrecht 4. Aufl. 1853, ein bedeutendes Werk, welches in Bezug auf die systematische Behandlung dieses Gegenstandes Epoche macht. R.)

das römische Recht mehr und sicherer als an ein anderes Element unseres Rechts anknüpft, endlich in dem rechtlichen Verkehr zwischen allen gebildeten Nationen, dessen Grundlage die aus jenem stammenden Rechtsbegriffe sind oder zu werden allein vermögen.

System des heutigen römischen Rechts.

§. 9.

Es giebt keinen Theil unseres gegenwärtigen Rechts, der sich dem Einfluß des römischen völlig entzogen hätte, vor allem aber ist es unser Privatrecht, dessen Stoff und Gestaltung sich größtentheils auf dieses Element unseres Rechts zurückführt. Das heutige gemeine Privatrecht nun, soweit es auf römischem Recht, reinem oder durch neuere Rechtsquellen modificirtem, beruht, ist der Gegenstand der Vorträge, für welche der Name Pandekten hergebracht ist, und die systematische Darstellung desselben somit auch die Aufgabe dieses Lehrbuchs. Je mehr bey dieser Darstellung der Gedanke, daß es sich um gemeines deutsches, ja um ein die nationellen Schranken überschreitendes Recht handelt, festgehalten wird, desto völliger wird sie ihrer Aufgabe entsprechen, desto sicherer wird sie sich davor bewahren, das Wesentliche und Dauernde gegen das Zufällige und Vergängliche zurückzusetzen.

§. 9a.

Die Darstellung des heutigen römischen Rechts im Ganzen, also abgesehen von der Behandlung einzelner Abschnitte und Fragen, hat sich seit dem Wiedererwachen der Jurisprudenz in verschiedenen Formen bewegt, in verschiedenen Richtungen versucht.

Zuerst war die exegetische Methode d. h. die äußere Anschließung an die Form, Gedankenfolge und Ordnung der geschriebenen Quellen die vorherrschende. In dieser Form wurden die Vorlesungen gehalten, und die vornehmsten Schriften geschrieben. So sind die Glossen der ersten unter den modernen Juristen (Glossatoren), im 12. und bis in das 13. Jahrhundert herein, eine fortlaufende Exegese der einzelnen Stellen des Corpus Juris, auch die Commentarien der auf jene folgenden Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts (Commentatoren) schließen sich noch an die einzelnen Stellen an, nur daß sie schon eine freiere Darstellung ihres Inhalts und unter der äußern Gestalt einer Erklärung der Stelle

eine systematische Behandlung der Materie, die sie betrifft, geben[a]). Noch im 16. Jahrhundert in der französischen Schule und bey den von ihr angeregten Juristen anderer Länder bis in das 17. hinein blieb die exegetische Methode die vorherrschende[b]), und diese ihre Herrschaft erhielt sich unvermindert gegen einige Versuche, die schon im 16. Jahrhundert gemacht wurden, das gesammte Civilrecht systematisch nach einer selbsterfundenen Ordnung darzustellen[c]). Die Herrschaft der exegetischen Methode war aber zugleich von einer vollkommenen Hingebung an den unmittelbaren und wörtlichen Inhalt des römischen Rechts begleitet, den die Glossatoren rein aus den justinianischen Rechtsbüchern schöpften und in dieser Beschränkung ihn auf das vollständigste in sich aufnahmen, und den die Schule des 16. Jahrhunderts von der scholastischen Auffassung der unmittelbar vorangegangenen Commentatoren zu befreien, und in seiner Reinheit mit Hülfe der Ueberlieferungen des älteren Rechts (durch deren Beiziehung sie sich von der Glossatorenschule unterscheidet) herzustellen bemüht war. So schloß sich mit der französischen Schule die erste Periode der neueren römischen Jurisprudenz, deren Aufgabe es war, des gegebenen Stoffes vollkommen Herr zu werden, und ihn einer weiteren Fortbildung im Ganzen und Einzelnen zu überliefern.

Schon gegen das Ende des 16. Jahrhunderts, entschieden aber im 17. und 18. fand in Holland und Deutschland ein Uebergang

a) Ueber die Literatur dieser Glossatoren- und Commentatoren-Zeit s. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. Bd. III—VI.

b) Unter den Werken des 16. Jahrh. nehmen den ersten Platz ein die des Jac. Cujacius (st. 1590): Opera omnia cura Fabroti. Paris. 1658, 10 Fol. — cura L. Ranii. Neap. 1722 ff. 22 Fol. (und in mehreren weiteren Abdrücken). Für die Digesten enthält fortlaufende Nachweisungen aus dieser früheren (und auch späteren) exegetischen Literatur A. Schultingii notae ad Dig. s. Pand. ed. atque animadv. adiecit Smallenburg 1804—35, 7 Bde. Ein unentbehrliches Hülfsmittel für die Exegese ist das Lexicon des B. Brissonius (st. 1591): de verborum quae ad ius pertinent significatione, namentlich in der Bearbeitung von Heineccius Hal. 1743. Ein ähnliches Werk von noch größerem Umfang verheißt für die Zukunft H. E. Dirksen's manuale latinitatis fontium iuris civ. Rom., thesauri latinitatis epitome 1837.

c) Fr. Connani commentarii iuris civilis, zuerst 1553. Hug. Donelli commentarii iuris civilis, zuerst lib. I—XI. 1589 f. Libri XXVIII cura Sc. Gentilis 1595 ff. Ein ähnliches Werk schrieb im 17. Jahrh. Domat: les lois civiles dans leur ordre naturel, zuerst 1689 ff.

Statt zu einer freieren Behandlung zunächst in der äußeren Form der Darstellung. Es wurden umfassende Vorträge auf den Universitäten gewöhnlich, die in einem einzigen Cursus den ganzen Kreis des Jus civile begreifen sollten. Diese wurden nach der Titelfolge der justinianischen Pandekten (der sogenannten Legalordnung — wovon sie auch den Namen Pandekten erhielten) gehalten, so jedoch, daß innerhalb der einzelnen Titel nicht die Aufeinanderfolge der Stellen, sondern eine freie Ordnung ihres Inhalts den Leitfaden für die Darstellung der durch den Titel bezeichneten Materie abgab[d]). In dieser Art wurden auch Bücher, theils als Grundlage für Vorlesungen, theils in weiterer Ausführung (als Commentarien) geschrieben[e]). Die Richtung dieser Werke ist höchst verschieden, zum Theil schließen sie sich mehr dem Geist des 16. Jahrhunderts an, und suchen das römische Recht in seiner Reinheit, wenn auch manche von diesen wieder nicht ohne Rücksicht auf neuere Rechte, darzustellen (so meistens die Holländer), zum Theil sind sie (und dieß gilt besonders von den Deutschen) wissentlich oder unbewußt, unmittelbar oder mittelbar, von den Commentatoren des spätesten Mittelalters influenzirt, und ignoriren entweder

---

d) Schon die Glossatorenschule hatte dazu das Vorbild in den Summen zu den verschiedenen Theilen des Corpus Juris gegeben (Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. V. S. 28), und ein Vorbild, das von dieser späteren Zeit, deren der Text gedenkt, an innerem Gehalt kaum erreicht worden ist.

e) So von M. Wesembecius (commentarii in pandectas iuris civ. et cod. iustin., olim dicta paratitla, zuerst 1568. Aucta ab Arn. Vinnio cum notis et observ. R. Bachovii Echtii, zuerst 1649), J. Meier (collegium argentoratense, zuerst 1616 f.), W. A. Lauterbach (coll. theoretico-practicum pandectarum, zuerst 1696), A. Huber (praelectionum iuris civ. tomi tres, wovon der 2. und 3. Theil hierher gehören, 1686. 1699). J. Voet (comm. ad pandectas, zuerst 1698. 1704), J. H. Böhmer (introd. in ius digestorum, zuerst 1704), Ger. Noodt (comm. in XXVII libros digestorum, 1716. 1724), J. O. Westenberg (principia iuris sec. ord. Dig., zuerst 1712), R. J. Pothier (pandectae iust. in novum ordinem digestae, zuerst 1748 f.), J. A. Hellfeld (iurispr. forensis sec. pand. ord. proposita, zuerst 1764), Ch. F. Glück (ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 34 Thle. — bis in's 28. Buch der Dig. — 1790 bis 1830, 2. Aufl. 1845), Ch. F. Mühlenbruch (Fortsetzung des Glück'schen Commentars Thl. 35—43 — bis in's 29. Buch — 1832 bis 1843). (Weitere Fortsetzung von Ed. Fein: Thl. 44, Abth. 1—3., auch unter dem besonderen Titel: das Recht der Codicille 1851—1853. — C. F. v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück's Erläut. 4 Bde. 1833—1840. R.)

die Arbeiten der Schule des 16. Jahrhunderts, namentlich die historische Erläuterung des neuesten Rechts, ganz und gar, oder lassen sie nur auf die Oberfläche einwirken. Man gab sich dem praktischen Bedürfniß hin, das römische Recht als ein heutiges darzustellen, hatte aber nicht die Einsicht oder nicht die Kraft, das Praktische anderswo, als in den theoretischen Corruptionen des römischen Rechts, mit denen man die Praxis identificirte, zu suchen.

Ein weiterer Schritt in der systematischen Behandlung war der Uebergang zu dem Institutionensystem, welches, wenn man sich von den römischen Vorbildern nicht trennen wollte, einer rationellen Ordnung des Stoffs zusagender schien, als die Titelfolge der Digesten, und das man, indem die Aufeinanderfolge der Hauptmaterien von ihm entlehnt wurde, im Einzelnen auf mannigfaltige Weise variiren konnte. Diese Darstellungen hatten vom Anfang die Richtung auf das unmittelbar anwendbare römische Recht, ja man ging darauf aus, nicht blos die Modificationen des römischen Rechts, sondern auch die neueren Rechtsinstitute, die keinen römischen Ursprung haben, darin aufzunehmen[f]). Diese Mischung wurde indessen von den Meisten verworfen, man schied die deutschen Rechtsinstitute aus, und beschränkte sich auf die römischen Rechtssätze und ihre Modificationen durch das neuere gemeine Recht[g]). Eine eigen-

f) Das erste Buch dieser Art ist G. A. Struve's iurisprudentia romano-germanica forensis, zuerst 1670, welches (unter dem Namen des kleinen Struv, im Gegensatz gegen das größere, durch Noten Anderer bis auf drey sehr dicke Quartanten angeschwellte syntagma iuris civilis) bis ans Ende des 18. Jahrhunderts ein gangbares Lehrbuch für einen zweiten Cursus der Pandekten blieb. Einen ähnlichen Charakter haben die Handbücher von G. G. Titius (ius privatum romano-germanicum 1709), J. H. v. Berger (oeconomia iuris ad usum hod. accomm., zuerst 1712) und C. C. Hofacker (principia iuris civilis romano-germanici, 1788 ff., in drey Bänden, von denen nur der erste und die erste Abtheilung des zweiten von Hofacker selbst ist). Neuerdings ist darauf zurückgekommen Roßhirt: Gemeines deutsches Civilrecht. 3 Thle. 1840. 1841. (A. C. J. Schmid, Handb. des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Theil. Bd. 1. 2. 1847. 1848. mit Beachtung von Particularrechten z. B. C. G. Wächter, Handb. des im Königr. Würtemberg geltenden Privatrechts. 1845 ff. Dazu: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtemb. Privatrecht. Heft 1—3. 1845. 1846., in encyclopädischer Form: F. Blume, System des in Deutschland geltenden Privatrechts mit Einschluß des Civilprocesses. 1852. R.)

g) In der Mitte zwischen jener und dieser Methode steht Thibaut's System

thümliche Anordnung stellte Hugo (Institutionen des heutigen R. R. 1789) auf, die, nachdem er sie selbst wieder verlassen hatte[h]), von Heise (Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts, 1807 und öfter) angenommen und näher ausgeführt, mehr und mehr die herrschende ward[i]), und den meisten neueren Lehr- und Handbüchern mehr oder weniger zu Grunde liegt[k]). Heise hat auch das Beispiel, und die veränderte Lehrmethode das Motiv gegeben für eine Reduction der Lehrbücher auf Grundrisse, welche als Text blos die Gegenstände der durchweg der mündlichen Lehre überlassenen Erörterung mit Quellen- (und zum Theil literari-

---

des Pandektenrechts, zuerst 1803. (9. Aufl. nach des Verfassers Tode besorgt durch Alex. v. Buchholtz. 2 Bde. 1846.) Die Dictate des Verf. zur 7. Aufl. sind 1831 unter dem Namen: Braun, die zur achten (von 1834), mit Umstellung der Materien, 1836 unter dem Namen: Froben, abgedruckt worden. — Umgekehrt haben einige Schriftsteller in Pandektenhandbüchern das reine R. R. zum Gegenstand genommen, so Meister (ius romanum privatum idque purum 1813, bey dem ersten Band stehen geblieben), L. A. Warnkönig (commentarii iuris rom. priv. 1825 ff. in 3 Bänden), Haimberger (ius rom. privatum idque purum 1829 f.).

h) Lehrbuch des heutigen R. R. 2. Ausg. 1798 (7. Aufl. 1826) nach der Institutionenordnung.

i) Nachgeahmt im Ganzen auch von Verfassern solcher Werke, die anfangs in der Institutionenordnung erschienen waren: Thibaut (Note g) seit der 8. Auflage, Mackeldey (Lehrbuch des heutigen R. R., zuerst 1814, 13. Aufl. von J. A. Fritz 1851, 2 Bde.) seit der 7. Aufl. 1827, Mühlenbruch (doctrina pandectarum 1823 in drey Bänden) mit der dritten Ausgabe 1830, und in der deutschen Bearbeitung (Lehrbuch des PandektenRechts, 4. Aufl. von Madai 1844).

k) Eine reine Ausfüllung des Heise'schen Grundrisses ist v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gem. Civilr. 1822 ff. in 3 Bänden (5. Aufl. 1837 f.), wozu dann wieder Fritz einen Commentar zu geben angefangen hat 1833. Selbstständiger sind: Schweppe, das R. R. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte (1814, 4. Aufl. auf fünf Bände erweitert 1828 ff.), diesem sich anschließend J. A. Seuffert, Lehrb. des praktischen Pandektenrechts 1825 (2. Aufl. 1847 ff. 3 Bde. 3. Aufl. 1852), ferner: Vorlesungen über das gemeine Civilrecht von J. F. L. Göschen, aus dessen hinterl. Papieren herausgegeben von Erxleben 1838 ff., 2. Aufl. (unverändert) 1843. 3 Bde. (L. Arndts, Lehrb. der Pandekten. 1852. E. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts aus dem Standpunkte unsers heutigen Rechtssystems, oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts. Bd. I. 1853. Bd. II. 1855. R.)

schen) Nachweisungen enthalten[l]), manche derselben mit einzelnen Excursen[m]).

Wenn sich nun die neuere Zeit von jener ersten Periode der modernen Jurisprudenz durch eine immer größere Entfernung von der exegetischen Methode und der äußeren Anschließung an die Form der römischen Rechtsquellen unterscheidet, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß die geistige Freiheit der Behandlung beträchtliche Fortschritte gemacht hat, daß man den Geist des Rechts und den Buchstaben unterscheidend und jedem seine gebührende Stelle gebend der Aufgabe, die uns gesetzt ist, durch alle jene unermüdliche schriftstellerische Thätigkeit nahe gekommen ist. Bey den meisten Schriftstellern müßte es, wenn es der Fall wäre, ein glücklicher Instinct gewesen seyn, denn ein Bewußtseyn der Sache gaben sie wenigstens nicht zu erkennen. Aber das System hat nicht gleichen Schritt mit der Historie des römischen Rechts gehalten, die einen gewaltigen Umschwung gegen die frühere Zeit erfahren hat; man ist über die Schranken des reinen römischen Rechts hinausgegangen, aber nur so daß man Stoff zu Stoff gehäuft, und eine Ordnung hinzugefügt hat, die weniger von dem Geist der Sache selbst geboren, als darauf angelegt schien, jeden einzelnen Artikel des weitläufigen Magazins, wenn man seiner bedürfte, bequem wiederfinden zu können, so daß man sich hätte wundern

l) Z. B. E. Gans, System des röm. Civilr. im Grundr. 1827; Blume, Grundriß des Pandektenrechts 1829, 2. Aufl. 1845; Rudorff, Grundriß zu Vorlesungen über das gem. Civilrecht 1843; Böcking, Grundriß zu Pandekten-Vorlesungen, 3. Aufl. 1845. (Pandekten. Ein Lehrbuch des gem. auf das röm. Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse. 4. Ausg. 1852. R.) Viele solche Schriften sind gar nicht in den Buchhandel gekommen.

m) (Göschen) Grundriß zu Pandektenvorlesungen 1831; Puchta, System des gemeinen Civilrechts 1832; v. Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen (Band I. 1839. Band II. 1840 ff. Band III. 1847, „neueste" Aufl. [die sechste vom ersten und zweiten 1854, die vierte vom dritten Band]), dessen Excurse vorzugsweise die Controversen betreffen. (Eine Art größeren Excurses ist: K. Sell, röm. Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte. 1. Thl. röm. Lehre des Eigenthums nebst Einleitung von den dingl. Rechten oder Sachenrechten überhaupt. 2. Aufl. 1852. Mündliche Erörterungen über das ganze System pflegen dagegen erst nach dem Tode des Lehrers zu erscheinen, so die über das gegenwärtige Lehrbuch gehaltenen „Vorlesungen über das heut. röm. Recht von G. F. Puchta, aus dessen Nachlaß herausgegeben von Rudorff." 4. vermehrte und verbesserte Aufl. II. 1854. R.)

mögen, wenn man nicht zu der einfacheren Auskunft griff, die Pandektenhandbücher in alphabetischer Ordnung zu schreiben.

Ein Fortschritt ist wahrzunehmen in Kierulff's Theorie des gemeinen Civilrechts (1. Band 1839), ein bedeutendes Werk, dessen Verfasser, wenn er es fortgesetzt hätte, sicher im Stande war, durch Abstreifung eines gewissen, wenn der Ausdruck erlaubt ist, Cynismus der Paradoxie, welcher richtige Gedanken in das Gewand des Extrems zu kleiden liebt, etwas durchweg vorzügliches zu leisten.[n])

Epoche aber macht als Grundlage für die freiere Entfaltung der Wissenschaft des geltenden römischen Rechts Savigny's System des heutigen R. R., von welchem acht Bände 1840 bis 1849 erschienen sind, und die (allgemeinen) Lehren von den Rechtsquellen, den Personen, von Natur, Entstehung, Untergang der Rechtsverhältnisse, Klagen und Einreden, Litiscontestation, Urtheil, Geständniß und Eid, von der Restitution, von örtlicher und zeitlicher Collision der Rechtsregeln enthalten[o]).

Die Darstellung des römischen Rechts der Gegenwart hat einen überwiegend systematischen Charakter, aber es kann ihr auch ein historisches Element nicht fehlen, und dieß ist die Geschichte des römischen Rechts in der neueren Zeit. Diese ist vorzugsweise eine Geschichte der Wissenschaft, durch welche das heutige römische Recht getragen wird, theils im Ganzen[p]), theils in den einzelnen Lehren und einzelnen Fragen derselben[q]). Namentlich die älteren

---

n) (Die methodische Forderung Kierulff's, das heutige Recht aus seinen Principien zu entwickeln und erst hinterher mit dem römischen zu vergleichen, erneuern und erläutern: Leist, civilist. Studien Heft 1 1854, Heft 2 [s. §. 171 Note bb, §. 277 f. 327 a]; Danckwardt, die neg. gestio. 1855. R.)

o) Ueber die Bedeutung dieses Werkes vgl. Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 673 ff. (Sachen- und Quellenregister dazu von O. L. Heuser 1851. — Die speciellen Lehren sollen in besonderen Werken bearbeitet werden, zunächst das Obligationenrecht, von welchem 1851 der erste, 1853 der zweite Band erschienen ist. R.)

p) (Eine innere Geschichte der Wissenschaft seit den Glossatoren fehlt noch immer; C. F. Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts 1854 liefert nur Materialien dazu. R.)

q) Das Feld, auf dem sich die Discussion über solche Detailfragen in früherer Zeit vornehmlich bewegte, waren die academischen Gelegenheitsschriften, deren Benutzung den Wenigsten offen steht, aber auch in den wenigsten Fällen einen Gewinn bringt. Doch sind Sammlungen solcher Dissertationen, aus-

und neueren Controversen sind stets unter die Aufgaben des Vortrags der Pandekten gerechnet worden, versteht sich in einer Auswahl, bey welcher vor allem die praktische Wichtigkeit den Maßstab zu geben hat, nebenbey auch das doctrinelle Interesse einen Einfluß haben mag, zuletzt aber freilich das Meiste von dem individuellen Geschmack des Wählenden abhängen wird[r]).

---

schließliche oder auf andere Schriften sich erstreckende, angelegt, so: Tractatus universi iuris in unum congesti (s. g. tractatus tractatum) Venet. 1584 ff. 23 Fol. Ever. Otto, thesaurus iuris romani 1733—35, 5 Fol. G. Meermann, novus thes. iuris civ. et can. 1751—53, 7 Fol. Supplementum novi thes. etc. 1780. G. Oelrichs, thes. diss. iurid. in acad. belgicis habitarum 1768 ff. 2 Bde zu 3 Theilen. Novus thes. etc. 1771 ff. 3 Bde zu 2 Theilen. (M. A. Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen aus dem Gebiete des gem. Civilr. und Civilprozesses. 5 Bde 1835 ff. R.) — Heutiges Tages hat sich diese Discussion auf die Zeitschriften geworfen, deren es eine beträchtliche Zahl giebt, und die gewöhnlich einen Kampfplatz ohne Schranken abgeben, da die wenigsten Herausgeber eine Verantwortlichkeit für einen gewissen Werth des von ihnen dem Publikum Dargebotenen übernehmen, andere dagegen die Rolle von bloßen Colporteuren für angemessener zu halten scheinen, als die von wahren Redaktoren. Solche Zeitschriften sind: Civilistisches Magazin von Hugo 1791—1837, 6 Bde. — Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von C. v. Grolman u. Cg. v. Löhr 1800—1844. 4 Bde. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Göschen (später Klenze, Rudorff) 1815 ff. Bd. 1—15. — Archiv für civilistische Praxis von J. C. Gensler, J. C. A. Mittermaier und C. W. Schweizer (denen später zum Theil beigesellt worden, zum Theil nachgefolgt sind: v. Löhr, Thibaut, Linde, Mühlenbruch, Wächter, Francke, v. Vangerow) 1814 ff. Bd. 1—37. — Rheinisches Museum für Jurisprudenz von Hasse (dem theils beigesellt wurden, theils nachfolgten: Blume, Puchta, Puggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner) 1827—35, 7 Bde. — Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft von C. F. Elvers 1827—30, 2 Bde. Neue Folge 1838 ff. Bd. I. — Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß von J. T. B. Linde, Th. Marezoll und J. N. v. Wening-Ingenheim (nachher A. W. v. Schröter) Gießen 1827 ff. Bd. 1—20. Neue Folge Bd. 1—9 1844 ff. — Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht von C. F. Roßhirt (dann Roßhirt und Warnkönig, dann Roßhirt) 1831 ff. Bd. 1—6. — Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeitung des R. R. von K. u. W. Sell. 1841. 3 Bde. 1—4. (Archiv für pract. Rechtswissenschaft von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann 1. Bd. 1853. 2. Bd. 1854. R.)

r) Man hat schon im Mittelalter Controversensammlungen veranstaltet, herausgegeben von G. Hänel: Dissensiones dominorum etc. 1834. Neuere sind Lüder Mencke, gymnasium polemicum iuris etc. 1689 ff. Sam. de Cocceii ius civile controversum 1713 u. öfter. A. F. Rivinus, systema iuris-

(Ein nicht minder wichtiges Element ist die erste praktische Anleitung zum Richterberuf durch Entscheidung von Rechtsfällen[s]), es sey in oder ohne Verbindung mit der Exegese[t]). R.)

---

prudentiae polemicae sec. ord. pand. 1753. C. F. Walch introductio in controversias iuris civ. inter recentiores ICtos agitatas 1771 und öfter. Für die neueste Zeit hat Vangerow seinem Leitfaden (Note m) und R. v. Holzschuher seiner Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (§. 6 Note f) eine solche Sammlung einverleibt.

s) (In näherer Beziehung zu dem vorliegenden Werke stehen folgende Sammlungen: Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zu akademischen Zwecken herausgegeben von R. Ihering. Erstes Heft, enthaltend 100 Rechtsfälle vom Verfasser und 36 vom verstorbenen G. F. Puchta 1847. Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. Für den academischen Gebrauch zusammengestellt und bearbeitet v. W. Girtanner 1852, 1853. R.)

t) (Vollständigere Angaben über die neuste Literatur finden sich u. a. in O. A. Walther, Handlex. der jurist. Lit. des 19. Jahrh. 1. Hälfte. 1854. R.)

Erstes Buch.

Von den Rechtsvorschriften.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen.

Entstehung des Rechts.

§. 10.

Das Recht ist eine gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden. Die Entstehung eines Rechtssatzes ist daher die Entstehung einer gemeinsamen Ueberzeugung, welche die Kraft in sich trägt, das, was sie als Recht erkennt, zur wirklichen Ausführung zu bringen. Diese Kraft hat der Wille einer Nation, sofern er zugleich Anstalten hervorbringt, die das dem Recht Gemäße gegen den seiner Anerkennung sich Weigernden durchsetzen. Das Subject der rechtlichen Ueberzeugung ist die Nation oder ein in der gesammten Nation als Glied derselben enthaltenes engeres nationelles Ganzes; nicht immer aber ist die Hervorbringung des Rechts eine unmittelbare Thätigkeit des Volks, das Volk kann in dieser Function auch durch eine auf seinen Willen zurückführende Vertretung thätig werden. So geschieht es, daß wir drey Wege der Rechtsentstehung, drey Rechtsquellen zu unterscheiden haben: unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft, welchen die Eintheilung des Rechts in Gewohnheitsrecht, gesetzliches Recht, Recht der Wissenschaft entspricht.

Gewohnheitsrecht[a]).

§. 11.

Gewohnheitsrecht ist das in dem Bewußtseyn des Volks unmittelbar entstandene und in seiner Sitte (Uebung, Gewohnheit)

a) Dig. I. 3: de legib. senatusquecons. et longa consuetudine. Cod. VIII. 53: quae sit longa consuetudo. Puchta, das Gewohnheitsrecht 2. Thle.

erscheinende Recht. Der Grund seiner Existenz liegt in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Volksüberzeugung, die Uebung bringt es zur Anschauung[b]). Gewohnheit, Herkommen, usus, consuetudo, ist nicht die Quelle des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äußere Gestalt, in der es sich verkörpert[c]). Kein Gewohnheitsrecht besteht ohne diesen Körper, aber er ist ihm im allgemeinen so wenig eigenthümlich, daß auch anderes Recht in ihm sich darstellen kann, das dadurch keineswegs Gewohnheitsrecht in unserem Sinne wird[d]), ja sogar für Gerechtsame läßt sich etwas ähnliches denken, welches auch wirklich in unserer Rechtssprache ebenfalls consuetudo, Herkommen genannt wird[e]). Der Grund aber, auf welchem die Gültigkeit der rechtlichen Volksüberzeugung selbst und damit das Gewohnheitsrecht beruht (sey es ein gemeines, in der Ueberzeugung des Volks als Ganzen, oder ein particuläres, in der einer Abtheilung der Nation gegründetes), ist weder die Genehmigung des Gesetzgebers, noch irgend ein anderer außerhalb der Sache liegender[f]), sondern der, daß das Recht selbst etwas nationelles ist, und

---

1828. 1837. Savigny, System des heut. R. R. I §. 12. 18. 25. 27 ff. (Vgl. auch Blume, Encyclopädie 1847 S. 33 ff. R.)

b) L. 32 §. 1. L. 35. 36. 40 D. h. t. (1, 3).

c) Die alte Lehre, daß Gewohnheitsrecht das Recht sey, das durch Gewohnheit entstehe, und die somit das Innerliche dem Aeußerlichen unterordnet, wird gegen das oben aufgestellte Princip wenigstens halb und halb noch festgehalten von Unterholzner, Recension von Puchta's G. R., tüb. krit. Zeitschr. V S. 372 ff., Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. Rs. §. 38 (dessen Hauptgrund der ist, daß dieß doch die Meinung so vieler gründlicher und scharfsinniger Juristen gewesen sey), Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 9. Ueber die Verwechselung, durch welche diese Meinung veranlaßt ist, s. Puchta, Cursus der Instit. I §. 13 Note a.

d) So kann namentlich ein autonomisches Recht in der Gewohnheit hervortreten, d. h. ein von Corporationen und Behörden, denen keine gesetzgebende Gewalt zukommt, ausgehendes Recht, welches, wenn es auf ausdrücklicher Festsetzung beruht, Statut, wenn auf stillschweigender Uebereinkunft, Observanz genannt wird. Puchta, G. R. II S. 105 ff. (Die Existenz einer solchen Rechtsquelle läugnet Gerber, Archiv f. civ. Praxis XXXVII [1854] 2. R.)

e) L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 1 C. de servit. (3, 34). Puchta, G. R. II S. 114 ff.

f) Einen solchen äußern Grund zu suchen, darin bestand der zweite (mit dem ersten in Note c erwähnten sehr eng zusammenhängende) Irrthum, der die früheren Auffassungen dieser Lehre getrübt und mannigfache weitere Irrthümer veranlaßt hat.

ohne seine unmittelbare Entstehung aus dem Bewußtseyn des Volks auch die vermittelte durch die übrigen Rechtsquellen nicht denkbar wäre [g]).

§. 12.

Gewohnheitsrecht ist vorhanden, wenn ein Satz in der Ueberzeugung des Volks als Rechtssatz besteht. Dazu gehört nicht, daß alle Einzelnen sich desselben bewußt sind (die Ueberzeugung der Gesammtheit ist nicht nothwendig eine actuelle Ueberzeugung Aller), es giebt Rechtssätze, die ihrer Natur und ihrem Gegenstand nach nur in gewissen Kreisen der Volksglieder hervortreten, und auch für Rechtssätze allgemeinerer Anwendung wird das lebendige Bewußtseyn von dem Grad der Einsicht, von Lebensart und Beruf der Einzelnen abhängen. Die Quellen, aus denen der Richter die Kenntniß des Gewohnheitsrechts zu schöpfen, also die Gewißheit von einer vorhandenen Volksüberzeugung zu gewinnen hat, sind folgende.

Das erste Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts ist die wirkliche Uebung und Gewohnheit selbst, als die natürliche Begleiterin jenes Rechts. Diese muß von der Beschaffenheit seyn, daß sich daraus ein sicherer Schluß auf die Existenz einer ihr zu Grunde liegenden rechtlichen Volksüberzeugung machen läßt [h]). Sie muß daher 1) Uebung eines Rechtssatzes seyn, die Personen, deren Handlungen als Uebungsfälle gelten sollen, müssen von einer rechtlichen Ueberzeugung (der s. g. opinio necessitatis) geleitet worden seyn [i]).

---

g) Wenn einige neuere Gesetzgebungen das Gewohnheitsrecht ganz oder theilweise außer Kraft erklärt haben, so hat dieß keinen andern Sinn, als daß die consuetudo nicht mehr als Erkenntnißmittel des Rechts gelten soll, was dann besonders das particuläre Gewohnheitsrecht trifft, und, sofern das Gesetz streng durchgeführt wird, seiner Wirkung auf den Richter beraubt. Der Einfluß der Volksüberzeugung überhaupt auf den Richter läßt sich nicht verbieten, sondern nur erschweren und regellos machen.

h) Die frühere Lehre von den Erfordernissen der Gewohnheit litt an dem Grundfehler, daß man sie als Erfordernisse für die Entstehung des Gewohnheitsrechts (Note c) auffaßte, und durch dieses falsche Princip alles von vorn herein in ein schiefes Licht stellte.

i) Das Erforderniß der Oeffentlichkeit oder Offenkundigkeit (actus publici) hat man aufgestellt, weil man die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers für nothwendig hielt, dem also durch die öffentliche Vornahme die Möglichkeit der Mißbilligung gegeben werden müsse, oder damit aus dem Stillschweigen der andern Bürger auf ihre Zustimmung geschlossen werden könne, und was dergleichen von der wahren Natur des G. R. sich möglichst

2) eine constant und gleichförmig wiederholte Uebung, wie sie eben in dem Begriff einer Gewohnheit liegt, und damit ist zugleich die Voraussetzung einer längeren Zeit (longa, diuturna consuetudo) gegeben, die sich besonders in dem Wort Herkommen ausspricht[k]), nur aus einer solchen Uebung wird sich jener Schluß ziehen lassen. Die Uebung kann übrigens aus außergerichtlichen und aus gerichtlichen Handlungen bestehen, zu den letzteren gehören namentlich richterliche Urtheile, in denen der fragliche Satz als Rechtssatz angewendet worden ist. Diese gerichtliche Uebung heißt Gerichtsgebrauch, Praxis, rerum iudicatarum auctoritas.

Ein zweites Erkenntnißmittel, das am sichersten mit dem ersten zu verbinden seyn wird, ist die Vernehmung glaubwürdiger und sachverständiger Personen über die Existenz des Gewohnheitsrechts selbst[l]), und als ein solches unverwerfliches Zeugniß soll ein früheres richterliches Urtheil gelten, wenn es in Folge einer Untersuchung ein bestrittenes Gewohnheitsrecht anerkannt hat[m]).

Endlich sind auch glaubwürdige Aufzeichnungen, ferner Rechtsparömien, die im Munde des Volks leben, eine Erkenntnißquelle.

§. 13.

Alle diese Zeugnisse sind nichts als dieses, auch die Gewohnheit hat nur diese Autorität, sie würde daher ohne Bedeutung seyn, wenn die Nichtexistenz des Rechtssatzes, den sie darthun soll, aus

---

weit entfernende Vorstellungen mehr waren. Die „Offenheit," welche Mühlenbruch, Lehrbuch §. 38 neuerdings daraus gemacht hat, besitzt schwerlich einen besseren Sinn.

k) L. 33. 35. 37. 38 D. de legib. (1, 3), L. 3 §. 6 D. de testib. (22, 5), L. 1. 3 C. quae sit l. c. (8, 53). — Man pflegt die Wiederholung (actus plures) und die Länge der Zeit zum Nachtheil der richtigen Beurtheilung in zwey abgesonderte Erforderniße auseinander zu legen. Die älteren Juristen suchten sie möglichst zu fixiren, so die Mehrheit der Handlungen auf zwey oder drey, und die Zeit auf die Verjährungszeiten (meistens nach dem „longum" tempus auf zehn Jahre), eine Lehre, die auch in das canonische Recht überging cap. ult. de consuet. (1, 4), cap. 3 eod. in VI. Jetzt hat man diese verkehrte Ansicht längst aufgegeben, und sowohl Zahl der Fälle als Länge der Zeit dem Ermessen des Richters überlassen. Der letzte Schritt zur Wahrheit wird seyn, die innere Verbindung beider Momente anzuerkennen.

l) Nov. 106., v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. I. 61. Puchta, G. R. II S. 133-146. Savigny, System I S. 183 ff.

m) L. 34 D. de legib. (1, 3): — contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata — Puchta, G. R. II S. 129 ff.

andern Gründen entschieden wäre n). Dieß ist der Fall, wenn er unmöglich ist, entweder weil er den guten Sitten, oder weil er einem höheren Rechtssatz, den er nicht aufzuheben vermag, widersprechen würde o). Die Ansicht aber, daß das G. R. gegen Gesetze irgendwie zurückstehe, daß Gesetze nicht dadurch aufgehoben werden können, oder wenigstens nicht in allen Fällen, wo ein gesetzliches Recht diese Kraft hätte, ist in allen Gestalten, die man ihr gegeben hat, unrichtig p). Keine dieser beiden Rechtsquellen, unmittelbare

n) Die rechtliche Ueberzeugung wäre eine irrige, und dieß würde die fraglichen Acte ungeschickt machen, unter den Zeugnissen für das G. R. zu zählen. L. 39 D. de legib. (1, 3): Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — Betrifft der Irrthum bloß die Zurückführung des Rechtssatzes auf das geschriebene Recht, so ist er indifferent; so hat man früher viele Gewohnheitsrechtssätze schon im römischen Recht durch eine falsche Interpretation nachweisen wollen, und als römische gelten lassen, dieß hindert ihre Existenz als Gewohnheitsrechtssätze keineswegs.

o) Dieß sagt L. 2 C. quae sit l. c. (8, 53): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem (Constantin). S. z. B. §. 17.

p) Dieß ist enthalten in L. 32 D. de legib. (1, 3): De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius quo urbs Roma utitur, servari oportet. §. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. §. 11. I. de jure nat. (1, 2), Nov. 89 c. 15 u. a. Das Gegentheil enthält auch nicht die Note o abgedruckte Stelle. — Bey weitem die Wenigsten von denen, welche das G. R. zurücksetzen, haben jedes G. R. gegenüber den Gesetzen verworfen, die Meisten unterschieden verschiedene Arten von Gewohnheiten, oder verschiedene Arten von Gesetzen. Vgl. darüber Puchta, Gewohnheitsr. II S. 203 ff. (So auch Busch, Archiv für die civ. Praxis XXVII. 5, dessen vermeintlich neuer Vereinigungsversuch schon in der Glosse und von Baldus gemacht ist: s. Puchta a. a. O. S. 212. Note 23. Guyet, Archiv für civ. Pr. [1852] XXXV. 2. S. 27, der das Rescript Note o blos weil es an einen Provinzialstatthalter gerichtet sey auf locale Gewohnheiten beschränken möchte. R.)

Volksüberzeugung und Gesetzgebung, ist als solche in ihrer Kraft gegen die andere zurückgesetzt; wenn ein Gewohnheitsrechtssatz einem gesetzlichen weichen muß, so ist der Grund davon nie seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht.

Gesetzliches Recht[a]).

§. 14.

Gesetzliches (promulgirtes) Recht ist das auf dem verfassungsmäßig ausgesprochenen (promulgirten) und bekannt gemachten (publicirten) Willen der gesetzgebenden Gewalt beruhende. Die Ausflüsse der Gesetzgebung sind theils Rechtssätze, also Regeln, nach denen eine (umfassendere oder beschränktere) Classe von Fällen, so oft sie während der Dauer des Gesetzes vorkommen, beurtheilt werden soll, leges generales, theils Bestimmungen für einzelne Personen und Fälle, über die ihre Anwendung nicht hinausgeht, personales constitutiones[b]). Bloß die ersteren sind eigentliche Gesetze.

§. 14 a.

Nach der römischen Verfassung erhielten die Gesetze der Kaiser die Form von edicta, leges edictales, indem sie an das Volk, oder den Senat, oder an einen höchsten Beamten (der sie dann weiter zu publiciren hatte) gerichtet und publicirt wurden, ohne die Entscheidung eines bestimmten Falls zur Veranlassung und Absicht zu haben[c]), oder die Form von rescripta oder epistolae (eine besonders solenne Art derselben hieß pragmatica sanctio), die auf eine specielle Anfrage oder Bitte an Beamten oder andere Personen erlassen wurden, und stets zugleich auf einen bestimmten einzelnen Fall sich bezogen, am häufigsten so, daß von dem Kaiser die Entscheidung für einen Rechtsstreit durch Bericht oder Supplik erbeten wurde; endlich wurden auch die decreta, Urtheile des Kaisers in höchster Instanz, zu den Gesetzen gerechnet. Die edicta galten stets

---

a) Dig. I. 3. 4., Cod. I. 14—16. 19—23. Vgl. Puchta, Cursus der Instit. §. 110—112. 131.

b) L. 1 §. 2 D. de const. princ. (1, 4): Plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur. Nam quod princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. S. unten §. 31.

c) Am nächsten kamen diesen die mandata, Instructionen an Beamte für den ganzen Umfang oder einzelne Zweige ihrer Amtsführung.

als leges generales, nicht so die rescripta und decreta, die Anwendung eines Rescripts auf andere gleiche Fälle wurde verboten, wenn nicht der Kaiser selbst sie vorschreibt (eine solche Vorschrift liegt namentlich in der Aufnahme derselben in eine Gesetzsammlung, wie denn z. B. der justinianische Codex zum großen Theil aus Rescripten besteht), sie sollen also außerdem sämmtlich als constitutiones personales behandelt werden; die allgemeine Anwendbarkeit von Decreten hat Justinian wieder eingeführt, so daß diese also zu den leges generales gerechnet werden sollen.

Ueber Rescripte, als eine nach damaliger Rechtsverfassung sehr wichtige Art von Verordnungen, enthält die justinianische Gesetzgebung eine beträchtliche Zahl theils formeller, theils materieller Vorschriften; die letzteren, da man häufig eine wenigstens analoge Anwendung davon gemacht hat, sollen hier zusammengestellt werden:

1) Widerrechtliche und das öffentliche Wohl verletzende Rescripte sind als nicht gegeben zu betrachten[d]).

2) Rescripte, welche eine Anweisung für das Verfahren des Richters in einem Rechtsstreit enthalten (s. g. rescripta iustitiae), fordern zu ihrer Wirksamkeit die Insinuation an den Richter, und datiren sie erst von dieser Zeit an, Verleihungen dagegen (s. g. rescripta gratiae) sind regelmäßig von dem Datum des Rescripts an wirksam. Doch kann auch bey diesen die Wirksamkeit dadurch hinausgeschoben werden, daß sie ihrer besonderen Beschaffenheit nach einen weiteren Act voraussetzt. So beginnt z. B. die Verjährung der in integrum restitutio als Wirkung der venia aetatis erst von der Zeit, wo der Minderjährige in Folge dieser Volljährigkeitserklärung die Verwaltung seines Vermögens wirklich erhalten hat[e]).

3) Wenn durch das Rescript ein Rechtsfall entschieden wird, so geschieht dieß auf das einseitige Vorbringen des Impetranten, der Impetrat ist nicht gehört, die Wahrheit der Thatsachen nicht untersucht. Es ist daher unter der sich von selbst verstehenden Voraussetzung ertheilt: si preces veritate nitantur[f]). Der Impe-

d) L. 7 C. de prec. imp. off. (1, 19), L. 6 C. si contra ius (1, 22).

e) L. 5 C. de temp. in int. rest. (2, 53), cap. 7 X. de rescript. (1, 3), cap. 9 eod. in VI., cap. 59 X. de appell. (2, 28).

f) L. 7 C. de divers. rescr. (1, 23).

trat kann mithin auf Untersuchung der Thatsachen antragen, dieß geschieht durch die Einrede der unrichtigen Darstellung derselben von Seiten des Impetranten: praescriptio mendacii, und der Richter hat ihr Raum zu geben, auch wenn ihm das Rescript unverweilte Execution auftrüge[g]). Wird die Einrede gegründet befunden, so verliert der Impetrant jeden Vortheil aus dem Rescript[h]). Die Unwahrheit ist aber auf doppelte Art möglich: durch Angabe falscher Thatsachen (subreptio) und durch Unterdrückung wahrer (obreptio). Unsere Juristen streiten nun über die Beweislast bey der praescriptio mendacii, und es finden sich darüber zwey Hauptmeinungen: 1) der Beweis liege stets dem Impetraten ob, weil er der Excipient sey[i]); 2) der Impetrat habe die exceptio obreptionis, nicht aber die exceptio subreptionis zu beweisen[k]). Die richtige Ansicht ist: in Beziehung auf die Thatsachen, von denen die Entscheidung des Streits abhängt, bestimmt sich das onus probandi wie sonst, das Rescript ändert hierin nichts, weil es eben jene stillschweigende Bedingung enthält. Was der Impetrant bey dem Anbringen der Sache auf dem gewöhnlichen Weg hätte beweisen müssen, das muß er auch jetzt beweisen[l]).

§. 15.

Das gesetzliche Recht ist im vorzüglichen Sinne ein geschriebenes, indem die Schrift ein Erforderniß seiner Entstehung ist. Daher sind Urkunden seine vornehmste Erkenntnißquelle, obwohl nicht die einzige, da möglicherweise auch die Uebung von seiner Existenz zeugen kann, wie es auf der andern Seite auch geschriebenes (aufgezeichnetes) Recht giebt, welches kein gesetzliches ist[m]), daher denn auch die folgenden Grundsätze theilweise, soweit sie

g) L. 2—4 C. si contra ius (1, 22), cap. 20 X. de rescript. (1, 3).

h) L. 5 C. si contra ius (1, 22).

i) S. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 35. Man beruft sich auf L. 2 C. de dilat. (3, 11), wo aber von dem onus probandi gar nicht die Rede ist.

k) S. z. B. Böhmer, ius eccl. prot. I. 3, 11.

l) S. auch Thibaut, Archiv für civil. Pr. XVII. 6. Diese Entscheidung läßt auch der J. R. A. §. 80 offen.

m) So gehörten z. B. die edicta praetorum zum ius scriptum, ohne Gesetze zu seyn. Das römische Recht ferner, wie es das Corpus Juris enthält, ist allerdings ein von Justinian promulgirtes, also für sein Reich ein gesetzliches Recht, nicht für Deutschland, wo es nicht durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, sondern durch Volksüberzeugung recipirt worden ist.

sich nämlich auf den Gebrauch der Urkunden für die Rechtskenntniß beziehen, nicht für das gesetzliche Recht ausschließlich, sondern auch für andere aufgezeichnete Rechtssätze gelten. Die Erkenntniß des gesetzlichen Rechts ist gerichtet

1) auf die Existenz des Gesetzes, welche a) von der Aechtheit der Urkunde theils im Ganzen, theils in ihren einzelnen Theilen (Sätzen, Worten) abhängt, deren Untersuchung (Kritik) entschieden zu den Aufgaben des Richters mitgehört[n]), b) von der verfassungsmäßigen Promulgation und Publication des Gesetzes, worüber dem Richter nicht ohne Inconsequenz und unbegründete Schmälerung seines Berufs das Urtheil (versteht sich, in seiner Sphäre und mit Beschränkung der Wirksamkeit seiner Entscheidung auf den einzelnen ihm vorliegenden Proceß) entzogen werden könnte[o]);

2) auf den Sinn des Gesetzes. Die auf dessen Ermittelung gerichtete Thätigkeit heißt Auslegung, Interpretation im heutigen Sinn des Worts[p]). Daß diese Thätigkeit zu dem Beruf des Richters gehört, kann nicht bezweifelt werden, und ihre Grundlagen sind theils die Sprachregeln (s. g. grammatische Interpretation), theils

---

n) Savigny, System I §. 38. 39.

o) Viele wollen dem Richter zwar eine Untersuchung über das Erforderniß der Publication zulassen (was denn freilich eine augenscheinliche Nothwendigkeit ist), nicht aber über Gesetzmäßigkeit der Entstehung des Gesetzes, s. unter andern Linde: „in Monarchien mit landständ. Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von d. Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen," Archiv für civ. Pr. XVI. 13. Man spricht häufig so davon, als ob der Richter eine allgemeingültige Entscheidung über die Existenz des Gesetzes gebe, was, wie im Text bemerkt wird, nicht der Fall ist. Vgl. auch Wächter, Archiv für civ. Pr. XXIV S. 238 Note 12. (v. Stockmar: „Ist der deutsche Richter an allgemeine landesherrliche Constitutionen gebunden, welche ohne die nach Vorschrift der Verfassung einzuholende ständische Zustimmung erlassen sind?", Zeitschrift für Civilr. und Proceß. X. 2 [1852], eine Arbeit, welche die Untersuchung nicht blos durch eine richtigere Fragestellung, sondern auch durch Geltendmachung des staatsrechtlichen Gesichtspuncts wesentlich gefördert hat. R.)

p) Die Thätigkeit hat eine receptive Richtung, sie geht rein auf Gewinnung des Rechtssatzes, welchen der Gesetzgeber in dem Gesetz hat niederlegen wollen; die interpretatio im Sinne der Römer dagegen ist das Verhältniß der Wissenschaft zu dem gegebenen Recht überhaupt, welches nicht blos ein receptives, sondern auch ein productives (durch Ergänzung, Erweiterung, Modificirung §. 18) ist.

die Schlüsse, die aus der juristischen und historischen Umgebung des Gesetzes auf seinen Inhalt zu machen sind (s. g. logische Interpretation). Allerdings aber kann diese lediglich von wissenschaftlichen Grundsätzen abhängige (s. g. doctrinelle) Interpretation für den Richter ausgeschlossen seyn dadurch, daß der Sinn eines früheren Gesetzes durch die äußere Autorität eines neuen Rechtssatzes festgestellt ist, welcher der Richter zu folgen hat, auch wenn der so festgestellte Sinn wissenschaftlich nicht sich rechtfertigen ließe; dieß kann geschehen durch ein Gesetz, das einem früheren einen gewissen Sinn unterzulegen gebietet (s. g. authentische Interpretation), oder durch ein Gewohnheitsrecht (s. g. Usualinterpretation)[q], in beiden Fällen (die man unter dem Namen der Legalinterpretation gegenüber der doctrinellen zusammenzufassen pflegt) ist ein neuer Rechtssatz entstanden, der nur in die Beziehung zu einem früheren Gesetz gestellt ist, daß er so behandelt werden soll, als wäre er schon durch dieses gegeben[r].

Recht der Wissenschaft[a]).

§. 16.

Die Thätigkeit der Wissenschaft ist theils eine receptive, Erkenntniß des durch die übrigen Rechtsquellen gegebenen Rechts, darauf bezieht sich Kritik und Interpretation, die im vorigen §

q) L. 37 D. de legib. (1, 3): Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset, optima enim est legum interpres consuetudo. Daß nicht jede herkömmliche Interpretation Usualinterpretation ist, ergiebt sich aus dem Begriff des Gewohnheitsrechts.

r) Die Grundsätze, die bey der juristischen Kritik und (doctrinellen) Interpretation leiten müssen, lassen sich zu einer besonderen Theorie gestalten, die man juristische Hermeneutik genannt hat. Das ist vielfach, im allgemeinen nicht mit Glück, versucht worden, dadurch sind diese Darstellungen in Mißcredit gekommen. (Auch der neuste Vorschlag [F. C. Schmidt, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher 1855]: ausschließlich die Titel zu beachten, in welche die Compilatoren die Stellen gebracht haben, würde uns nur der wichtigen duplex interpretatio berauben. R.) Eine alle bisherigen weit hinter sich lassende Theorie der Auslegung hat Savigny gegeben, System des heut. R. R. I §. 32—51.

a) Puchta, Gewohnheitsr. I S. 161 ff. II S. 14 ff., Cursus der Institt. I §. 15. 18. Zum Theil abweichend Savigny, System I §. 14. 19. 20. (v. Scheurl, Beiträge 1852. No. 4. R.)

zunächst für das gesetzliche Recht erwähnt worden sind, aber ihre Anwendung auch auf die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts finden, theils eine productive, wodurch die Wissenschaft selbst in die Reihe der Rechtsquellen eintritt.

Das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung und der gesetzgebenden Gewalt beruhende Recht wird durch die wissenschaftliche Thätigkeit auf seine Principien zurückgeführt, und als ein System, ein Ganzes von gegenseitig sich voraussetzenden und bedingenden Sätzen begriffen. Auch das vollständigste Gewohnheits- und gesetzliche Recht aber wird sich gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit stets neu sich erzeugender Rechtsverhältnisse unvollständig erweisen, diese Lücken zeigt zugleich das System auf, und füllt sie aus. In vielen Fällen wird sich der Richter von der actuellen Volksüberzeugung und Gesetzgebung verlassen finden, hier tritt die Wissenschaft als ergänzende Rechtsquelle ein, indem sie den anzuwendenden Rechtssatz aus den Principien des bestehenden Rechts erschließt[b]). Ein solcher Rechtssatz beruht auf innern Gründen, auf der Autorität, die ihm seine wissenschaftliche Wahrheit giebt, diese Wahrheit ist die Bedingung seiner Gültigkeit; seine Erscheinung in den Ansichten und der Thätigkeit der Juristen hat nur die Bedeutung, daß für eine Ansicht, die von den angesehensten Juristen als wahr erkannt ist (herrschende Ansicht, communis opinio doctorum) und sich in den Gerichten geltend gemacht hat (Praxis), eine Vermuthung der Wahrheit streitet, die ein gewissenhafter Richter, bis er vom Gegentheil überzeugt ist, gelten lassen wird, die aber von dem Augenblick an, wo er ihrer Unrichtigkeit gewiß ist, ihre Autorität für ihn verlieren muß[c]). Man kann

---

b) L. 10—13 D. de legib. (1, 3). Justinian hat für einen solchen Fall vorgeschrieben, daß die Entscheidung vom Kaiser eingeholt werden solle. L. 2 §. 18 C. de vet. iure enucl. (1, 17). Dieß setzt die Möglichkeit voraus, Rechtsstreitigkeiten unmittelbar der Entscheidung des Fürsten zu unterwerfen, die nach heutiger Verfassung nicht stattfindet, und die auch schon Justinian durch ein späteres Gesetz (Nov. 125) abgeschafft hat. — Viele haben geglaubt, dem s. g. Naturrecht jene ergänzende Function zuschreiben zu müssen, auf dieses müsse der von positiven Gesetzen verlassene Richter recurriren, eine Meinung, die mit der blinden Verehrung selbst, die man diesem von historischen und praktischen Grundlagen entblößten Naturrecht widmete, vorübergegangen ist.

c) Es ist eine durchaus verkehrte Meinung, daß ein Gericht Ansichten,

das Recht der Wissenschaft, sofern es in den Juristen und ihrer Thätigkeit zur Erscheinung kommt, auch Juristenrecht oder Recht der Praxis nennen, aber diese Ausdrücke beschränken sich nicht auf das Recht der Wissenschaft, sie bezeichnen jedes Recht, das diese Erscheinungsform annimmt, und dieß kann auch Gewohnheitsrecht seyn, wo die Ansichten der Juristen nicht wissenschaftliche, durch eine wissenschaftliche Operation vermittelte sind, sondern unmittelbare Volksansichten, die sich in den rechtsständigen Gliedern der Nation, als den natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen, vornehmlich an den Tag legen. Dieß wird der Fall seyn bey Rechtssätzen, die überall auf eine innere Begründung durch Consequenz aus dem sonst bestehenden Recht keinen Anspruch machen.

Die Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechts und ihre Methode ist nicht der Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre. Im Allgemeinen gelangt man dazu durch eine doppelte Operation, 1) Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz), 2) Nachweisung, daß dieselbe Folgerung auch sonst schon unter gleichen Umständen in dem bestehenden Recht vorkommt (Analogie).

Zweites Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu einander.

Aufhebung von Rechtssätzen.

§. 17.

Eine Rechtsvorschrift kann den Grund ihrer Aufhebung in sich selbst tragen, indem sie unter gewissen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Voraussetzungen gegeben ist, die wegfallen können; so wenn sie nur für eine gewisse Zeit gegeben ist, deren Ablauf sie aufhebt. Außerdem aber wird sie dadurch aufgehoben, daß sie in Collision mit einer andern tritt, der diese Wirkung zukommt. Der

---

die es früher als richtig erkannt hat, auch für die Zukunft gelten lassen müsse (Autorität der Präjudicien), noch weniger haben die Präjudicien der Obergerichte eine bindende Autorität für die Untergerichte.

Rechtssatz, der einen andern aufheben soll, muß 1) von einer Rechtsquelle herrühren, der diese Kraft gegenüber jenem zusteht; so kann gemeines Recht nicht durch particuläres aufgehoben, sondern nur seine Anwendung auf die Verhältnisse, die und soweit sie das particuläre bestimmt, ausgeschlossen werden, und eben dasselbe ist das Verhältniß des autonomischen gegenüber dem regelmäßigen Recht [a]). 2) Er muß den andern aufzuheben bestimmt seyn; so hebt gemeines Recht nicht das particuläre auf, wenn ihm nicht ausnahmsweise diese Bestimmung wirklich gegeben ist [b]), ferner eine neue Regel hebt die ältere Regel, und vielleicht auch ihre Ausnahmen, aber diese nicht immer auf [c]). 3) Der aufhebende Rechtssatz muß der neuere seyn: ius posterius derogat priori [d]).

Modification von Rechtssätzen.

§. 18.

Zwey Rechtsvorschriften können in dem Verhältniß zu einander stehen, daß eine die Wirksamkeit der andern zwar nicht aufhebt, aber sie doch verändert. Dieß ist auf doppelte Weise möglich: 1) durch Einschränkung, indem die eine der andern gewisse Fälle entzieht, die außerdem unter sie fallen würden, entweder sie als Regel vollkommen stehen lassend, aber Ausnahmen hinzufügend, oder sonst ihren Umfang vermindernd [a]); 2) durch Erweiterung, indem der Umfang der einen Vorschrift durch die andere vergrößert wird.

Eine solche Modification kann sich namentlich auch aus innern Gründen als nothwendig darstellen, also gegenüber dem auf äußerer Autorität beruhenden Recht durch das Recht der Wissenschaft erfolgen [b]). Sie muß sich darauf gründen, daß der Wille des Ur-

---

a) Dagegen ist der Ursprung der Rechtssätze aus der unmittelbaren Volksüberzeugung oder aus der Gesetzgebung an sich gleichgültig, s. §. 13.

b) Z. B. L. 3 §. 5 D. de sepulcro viol. (47, 12).

c) Vgl. Thibaut, über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln, Civil. Abhandlungen (1814) Abh. 7.

d) L. 4 D. de const. princ. (1, 4).

a) Vgl. L. 80 D. de R. I. (50, 17): in toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

b) Dieß ist es, was die Römer interpretatio in einem vorzüglichen Sinne nannten. Beispiel einer Beschränkung L. 8 §. 6 D. de transact. (2, 15), einer Erweiterung L. 2 §. 29 D. ad S. C. Tertull. (38, 17). — Etwas

hebers der vorliegenden Rechtsvorschrift, obgleich er nicht ausgesprochen ist, vernünftigerweise die Beschränkung oder Erweiterung fordere, und das Gegentheil ein dem wahren und wohlverstandenen Gedanken des Rechtssatzes unangemessenes Resultat gebe[c]).

Widersprüche[a]).

§. 19.

Ein Widerspruch (Antinomie) besteht zwischen zwey Rechtssätzen desselben Rechtskörpers, von denen der eine den andern aufhebt oder modificirt, ohne daß sich bestimmen läßt, welchem von beiden die aufhebende oder modificirende Function zukommt. Es ist ein nur scheinbarer Widerspruch, der einer richtigen Interpretation weicht, sey es, daß diese den beiden Stellen einen Sinn giebt, in welchem sie gar nicht mit einander collidiren[b]), oder daß sie nachweist, welche nach der wirklichen Absicht des Urhebers vorgehen soll[c]). Wirklich widersprechende Rechtssätze heben einander gegenseitig auf, und der Punkt, den sie betreffen, ist so zu entscheiden, wie wenn er in dem auf äußerer Autorität beruhenden Recht gar nicht entschieden wäre[d]).

---

anderes ist die Nachweisung, daß der Sinn des Rechtssatzes selbst ein engerer oder weiterer sey, als in dem gewöhnlichen Wortverstand zu liegen scheint; diese ist eine gewöhnliche Interpretation in unserm Sinn (§. 15), bey der man in dieser Beziehung zwey Arten unter dem Namen int. restrictiva und extensiva aufgestellt hat, eine Eintheilung, die eigentlich nur auf jene Interpretatio im römischen Sinne paßt.

c) Mit den gewöhnlichen Regeln: cessante ratione, cessat lex ipsa — ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio, kommt man nicht weit, da gleich der Ausdruck ratio legis mehrdeutig ist.

a) Besonders in Beziehung auf die Gesetzgebung Justinian's: Thibaut, civil. Abhandl. 6 (1814), Löhr, Magaz. für Rechtswiss. und Gesetzg. III. 7. (1818), Savigny, System I §. 42—45, von denen nur die beiden letzten von einer richtigen Ansicht über das Wesen der justinianischen Legislation ausgehen.

b) Z. B. bey den §. 13 Note o und p cit. Stellen.

c) Gewöhnlich wird das wissenschaftliche Verfahren bey scheinbaren Widersprüchen in diese Lehre hereingezogen, was die richtige Entscheidung unserer Frage erschwert. Jenes ist eine Sache der Interpretation, die wahren Widersprüche liegen über diese hinaus.

d) (Vgl. v. Scheurl, Beitr. 1852. No. 4. S. 129, der hiefür passend auf die Analogie des Rescripts von Hadrian Gai. I, 7 — richtiger das argumentum a contrario aus demselben [vgl. §. 8 I. de iure nat. I, 2] — hinweist. R.)

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu nichtjuristischen Principien.

Sittlichkeit und Religion.

§. 20.

Die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse ist selbstständig gegenüber der sittlichen und religiösen; eine Handlung kann unsittlich und irreligiös seyn, ohne darum auch widerrechtlich zu seyn. Ein Recht, welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelte, würde seine Selbstständigkeit verlieren, sogar ohne der Sittlichkeit und Religion zu nützen, indem es durch seinen äußeren Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe. Dagegen kann das Recht, ohne sein eigenes Daseyn zu gefährden, auch keiner feindlichen Richtung gegen Sittlichkeit und Christenthum zu Hülfe kommen, es darf sich nicht zum Beförderer der Unsittlichkeit herabwürdigen lassen. Eine Handlung daher, welche ein Attentat gegen die Sittlichkeit enthält, soll auch rechtlich nicht gebilligt und geschützt werden[a]). Noch weniger kann das Recht etwas unsittliches oder irreligiöses gebieten. Aber es giebt Verhältnisse, in denen den sittlichen und religiösen Principien überdieß ein positiver bestimmender Einfluß auf die rechtliche Gestaltung derselben zukommt. Dieß ist der Fall bey den Beziehungen, die, ursprünglich sittlicher oder religiöser Natur (so die Familie, die Kirche), zu Rechtsverhältnissen gestaltet worden sind, und deren rechtliche Form jener Grundlage gemäß seyn muß. Wo ferner das Recht Sittlichkeit und Religion zu seiner Hülfe herbeizieht, wie z. B. die Pflicht zur Wahrheit beim Beweis, gegenseitige Redlichkeit und rechtschaffenes Verhalten bey Verträgen, die darauf gestellt sind, da wird Unsittlichkeit auch als ein Unrecht zu qualificiren, und mit rechtlichen Folgen zu belegen seyn.

---

a) L. 6. 30 C. de pact. (2, 3), L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1) u. a.

Wohlfahrt.

§. 21.

Das Recht hat die Aufgabe, das menschliche Wohl zu befördern, dieß ist daher auch ein Princip des Rechts[a]). Aber das Recht dient der menschlichen Wohlfahrt auf dem ihm angewiesenen Wege, welcher in der Hervorhebung der Gleichheit gegenüber den individuellen Unterschieden in den Menschen und ihren Verhältnissen besteht. Es ist nicht das Wohl des Individuums, sondern das Wohl der Gattung, welches die nächste Aufgabe des Rechts ist. Diese Herrschaft der gleichmäßig durchgreifenden Regel über die individuellen Bedürfnisse ist der Grundcharakter des Rechts, die ratio iuris; darum kann es nicht fehlen, daß es in den einzelnen Fällen mit den Ansprüchen des von der Geltendmachung der individuellen Unterschiede abhängigen Wohls in Collision kommt[b]). Es ist nun eine Aufgabe, das Recht so auszubilden, daß die abstracte Gleichheit nicht in eine wirkliche Ungleichheit, das formelle Recht nicht in ein materielles Unrecht umschlage[c]). Diesem Bedürfniß zu entsprechen, giebt es einen doppelten Weg:

1) Das reine Recht selbst wird so gestaltet, daß es, ohne seine Consequenz aufzugeben, den begründeten Anforderungen auch des individuellen Wohls entspricht, es wird ein billiges Recht, aequum ius, denn Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede und ihrer Ansprüche[d]). Aber dieses Nachgeben gegen

a) Die Römer nehmen diesen Punkt gleich in die Definition des Rechts auf, indem sie sagen: ius privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat. L. 1 §. 2 D. de I. et I. (1, 1).

b) Daß z. B. der Arme und der Reiche, der Ungebildete und der Gebildete, der Kluge und der Thörichte vor dem streng consequenten Recht gleichstehen, ist allerdings zugleich im Interesse des menschlichen Wohls, aber in der einzelnen Anwendung kann es eine Beeinträchtigung desselben werden.

c) Dieß drückt der Spruch aus: summum ius summa iniuria. Die abstract gleiche Behandlung z. B. des Armen und Reichen rc. kann eben dadurch zu einer Ungleichheit werden, daß es jenem nach seiner Individualität schwieriger seyn kann, als diesem, die Vorschriften des Rechts (z. B. für das Ansuchen um gerichtlichen Schutz) zu erfüllen.

d) So z. B. L. 3 in f. D. de pec. const. (13, 5): — habet enim utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur. L. 43 D. de relig. (11, 7): — Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. — — nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent,

die Ansprüche der Billigkeit hat außer der innern Schranke, die darin liegt, daß das Recht seinen eigenthümlichen Charakter nicht aufgiebt, auch noch äußere Gränzen: zuweilen ist die abstracte Consequenz absichtlich festgehalten (strictum ius), indem die unnachsichtliche Strenge derselben als das dem allgemeinen Wohle selbst zuträglichere erscheint[e]). Niemals übrigens ist die Billigkeit, die dem Richter zu berücksichtigen gestattet oder geboten wird, ein dunkles subjectives Gefühl[f]), sondern ein seiner Gründe sich bewußtes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstituts entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände.

2) Es tritt neben das reine, in seiner Strenge verharrende Recht eine Ausnahme zu Gunsten gewisser Personen oder Verhältnisse, die ein ganz besonderes, von dem Grundcharakter des Rechts abweichendes Rechtsinstitut bildet, so daß hier die Billigkeit nicht das Recht durchdringt, sondern ihm in der Form eines Ausnahmsrechts gegenübersteht. Ein solches Ausnahmsrecht heißt ius singulare (die Rechte, die es gewährt, privilegia — in diesem Sinn vgl. §. 30. 31 — beneficia iuris), das reine und regelmäßige Recht ihm gegenüber ius commune[g]). Dieses ius singulare (z. B.

strictam rationem insuper habemus — nam summam esse rationem, quae pro religione facit. — Auf demselben Princip beruht das Institut der Vormundschaft für solche Personen, die ihrer Individualität nach zur ersprießlichen Verwaltung ihres Vermögens ungeschickt sind, ferner die rechtliche Behandlung des Betrugs und Zwangs in Rechtsgeschäften, das Hinausgehen über die wörtliche Erklärung bey Contracten, bey Gesetzen, und unzähliges andere. Siehe auch L. 51 in f. D. ad L. Aquil. (9, 2): — multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse. (Vgl. Hartter, Archiv für civ. Pr. XXIX. 8. [1846] XXX. 14. [1847] R.)

e) Von einem solchen Fall sagt L. 12 §. 1 D. qui et a quib. man. (40, 9): — quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est, und ist zu verstehen L. 1 C. de legib. (1, 14): Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere (Constantin.).

f) E. G. O. Th. I. Tit. 13.

g) L. 16 D. de legib. (1, 3). Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. I §. 31.

Schutz der Minderjährigen gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte, der Frauenspersonen gegen übernommene Bürgschaften, Vorzug mancher Forderungen im Concurs, Entstehung der strengen Darlehnsforderung ohne Uebergabe des Geldes von dem Gläubiger an den Schuldner) beruht lediglich auf äußerer Autorität (Note g), es kann daher auch nicht durch das Recht der Wissenschaft erweitert werden[h]), mit Unrecht aber haben Manche dieß von der receptiven Thätigkeit der Interpretation in unserem Sinn verstanden, und darum behauptet, ein singuläres Gesetz müsse besonders strict interpretirt werden[i]).

---

h) L. 14 D. de legib. (1, 3): Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 162 D. de R. I. (50, 17). (Dies Moment der blos äußeren Autorität scheint Thöl, Einl. in das deutsche Privatr. [1851] §. 38 S. 107 Note 2 zu unterschätzen, wenn er statt des reinen, billigen und singulären Rechts blos consequentes und inconsequentes unterscheiden will, weil auch das billige die Consequenz beseitige, und die Umstände berücksichtige, mithin für das singuläre nur das rein formelle Merkmal übrig bleibe, daß der Rechtssatz sich als ein Ausnahmsrecht bezeichne. In der That beruht der Bruch, welchen das singuläre Recht in die Consequenz macht, nicht auf einem schon vorhandenen höhern Rechtsprincip, welches z. B. in L. 43 D. de relig. [11, 7] Note d, auf die sich auch Thöl beruft, die Consequenz der L. 2 §. 2 D. eod. zu beseitigen gestattete, sondern auf einer ganz positiven Norm [z. B. §. 528 a], welche weder der Jurist noch der Richter suppliren darf. R.)

i) S. z. B. Vangerow, Leitfaden I S. 39.

Zweites Buch.

Von den Rechtsverhältnissen.

Erstes Kapitel.

Die Personen.

Begriff der Person.

§. 22.

Indem wir den Menschen in seinen rechtlichen Beziehungen betrachten, heben wir dieß an ihm hervor, daß ihm die Möglichkeit eines Willens zukommt. Wir abstrahiren von seinen individuellen Eigenschaften und Zuständen, die für die moralische Qualification seines Willens entscheidend sind, oder geben ihnen wenigstens nur eine untergeordnete Bedeutung, und stellen jene über der individuellen Verschiedenheit stehende gleichmäßige Macht oder Möglichkeit des Willens an die Spitze. Als Subjecte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen, mit diesem Wort wird daher ihre Stellung im Recht bezeichnet. Persönlichkeit ist also die subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subject rechtlicher Beziehungen ist. Sie ist durch allgemeine Rechtsvorschrift mit der Existenz des menschlichen Individuums verknüpft (§. 114. 115). Es giebt Unterschiede der Personen, theils nach der den rechtlichen Willen bestimmenden Stellung des Menschen (als Einzelnen oder als Gliedes eines rechtlich gestalteten Ganzen: Privatperson, öffentliche, kirchliche Person §. 33. 45), theils nach der vermehrten oder verminderten Fähigkeit zu Rechten (§. 116 bis 120), keineswegs aber sind die individuellen Unterschiede der Menschen an sich auch Unterschiede der Personen[a]). Nur haben allerdings diese individuellen Zustände einen bedeutenden Einfluß auf die Gestaltung mancher rechtlichen Verhältnisse.

---

a) Alter z. B., Gesundheit, Gesinnung 2c. sind Eigenschaften des Menschen, aber man kann nicht eigentlich die Person alt oder jung, gesund oder krank 2c. nennen.

Einfluß individueller Zustände.

§. 23.

Das Geschlecht, dem der Mensch angehört, männliches oder weibliches[a]), hat keinen durchgreifenden Einfluß auf die rechtlichen Verhältnisse, im Zweifel sind die Rechtssätze für beide Geschlechter bestimmt[b]). Nichts desto weniger ist dem verschiedenen Charakter der Geschlechter in vielen Verhältnissen eine bedeutende Wirkung gegeben, namentlich theils durch Zurücksetzung des weiblichen[c]), theils durch Begünstigung desselben in Erwägung seiner Hülflosigkeit und Schwäche.

Das Alter hat einen natürlichen Einfluß auf die geistigen und körperlichen Fähigkeiten, der auch im Recht anerkannt wird theils in der Frage der Handlungsfähigkeit (§. 50), und der Fähigkeit zu gewissen Verhältnissen (z. B. Ehe, Aemtern), theils in dem Institut der Vormundschaft, theils bey der In integrum Restitutio, theils als Befreiungsgrund von gewissen Lasten. Bald ist es das geringere, bald das höhere Alter, das diese Wirkungen hat. Die Altersstufen, denen das Recht diese Rücksichten giebt, sind zum Theil bestimmt festgesetzt, zum Theil hat das richterliche Ermessen die nähere Bestimmung für den individuellen Fall zu ergänzen, so namentlich wo das hohe Alter schlechtweg, die senectus, mit Rücksicht auf die damit verbundenen Infirmitäten hervorgehoben wird[d]), ferner wo die Nähe an einem schon überschrittenen oder an einem noch nicht erreichten Alter theilweise dieselben Wirkungen, wie die-

---

a) Eine völlige Unentschiedenheit des Geschlechts wird nicht angenommen, die Ungewißheit desselben (bey Hermaphroditen) ist durch die Feststellung des in der Zwitterbildung vorwiegenden Geschlechts zu beseitigen. L. 10 D. de statu hom. (1, 5), L. 15 §. 1 D. de testib. (22, 5), L. 6 §. 2 D. de lib. et post. (28, 2).

b) Daher L. 1 D. de V. S. (50, 16): Verbum hoc, si quis, tam masculos quam feminas complectitur. L. 195 pr. eod., L. 45 pr. D. de leg. II. (31).

c) L. 9 D. de statu hom. (1, 5). Ein Princip giebt L. 2 D. de R. I. (50, 17): Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores esse. Vgl. noch §. 10 I. de adopt. (1, 11), L. 18 D. de testib. (22, 5).

d) Z. B. L. 8 D. de testib. (22, 5), ferner als Grund einer Vormundschaft.

ses Alter selbst haben soll, so bey den infantiae proximi und pubertati proximi[e]). Von den genau bestimmten Altersperioden haben die größte Bedeutung 1) die infantia, das Alter unter sieben Jahren, als die erste Lebensperiode des Menschen[f]), 2) die Unmündigkeit, das Alter unter 14 Jahren bey Mannspersonen, unter 12 Jahren bey Frauen, diese Epoche scheidet die Menschen in impuberes und puberes[g]); 3) die puberes sind entweder minores oder maiores viginti quinque annis, und diese Epoche des 25. Jahres ist so wichtig, daß sie in der Regel bey der Bezeichnung minores und maiores verstanden zu werden pflegt (im Deutschen Minderjährige und Voll- oder Großjährige), die Volljährigkeit heißt aetas legitima[h]). Sie kann auch einem Jüngeren durch Concession des Regenten (venia aetatis) verliehen werden, was indessen ein Alter von wenigstens 20 Jahren bey männlichen, von 18 Jahren bey weiblichen Personen, und die Nachweisung eines verständigen und sittlichen Lebenswandels voraussetzt[i]). Der Unterschied aber ist zwischen einem solchen Volljährigen durch Concession und dem natürlich Volljährigen, daß jener noch immer für die Veräußerung

---

e) §. 10 I. de inut. stip. (3, 19), §. 18 I. de obl. ex del. (4, 1), L. 13 §. 1 D. de dolo m. (4, 3), L. 4 §. 26 D. de doli exc. (44, 4), L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17). Vgl. Savigny, System III S. 36—39.

f) L. 14 D. de sponsal. (23, 1), L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 18 C. de iure delib. (6, 30), vgl. Savigny, System III §. 107.

g) L. ult. C. quando tut. esse des. (5, 60), pr. I. qu. mod. tut. fin. (1, 22), L. 5 D. qui testam. (28, 1), L. 4 D. de ritu nupt. (23, 2). Ueber die Geschichte dieser Feststellung der Pubertät s. Savigny, System III §. 109 bis 111. Alimente, die bis zur Pubertät hinterlassen werden, sollen nach dem Vorgang einer Verordnung Hadrian's für die kaiserlichen Alimentenstiftungen bis auf das 18. und 14. Jahr erstreckt werden. L. 14 §. 1 D. de alim. leg. (34, 1); dieses Alter nennt man plena pubertas, welcher Ausdruck für die 18 Jahre vorkommt, die der Adoptirende älter seyn muß als der Adoptirte. L. 40 §. 1 D. de adopt. (1, 7), §. 4 I. eod. (1, 11). Das Alter von 18 Jahren für das Richteramt L. 57 D. de re iud. (42, 1) hat mit der Pubertät keinen Zusammenhang.

h) Vgl. Savigny, Von dem Schutz der Minderjährigen im R. R. und insbes. von der lex plaetoria 1833, mit Zusätzen in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X. 3.

i) Cod. II. 45: de his qui veniam aetatis impetraverunt. Rudorff, Vormundschaft III S. 221 ff.

unbeweglicher Sachen eines Decrets der Obrigkeit bedarf, wo dieß bey einem Minderjährigen nothwendig ist[k]).

§. 24.

Auch solche körperliche oder geistige Unvollkommenheiten, die nicht in dem Geschlecht oder Alter gegründet sind, haben einen theils auf innerer Nothwendigkeit, theils auf andern Rücksichten beruhenden Einfluß im Recht. So der Mangel körperlicher Integrität: Krankheit[l]), Gebrechen (vitium)[m]); ferner die Vernunftlosigkeit, welche die Folge einer Geisteskrankheit ist: Wahnsinn (furor), Blödsinn (dementia)[n]), wobey die Möglichkeit vollkommen lichter Zwischenzustände (dilucida intervalla) anerkannt wird, in denen der Einfluß der Geistesverwirrung wegfällt[o]); ferner die Geistesschwäche[p]), und der von gewissen Lebensberufen nicht leicht auszuschließende Mangel an geistiger Bildung, insonderheit an rechtlicher Einsicht: rusticitas, simplicitas[q]).

Daß diese individuellen Zustände etwas dem Begriff der Persönlichkeit fremdes sind (wie denn auch ihr Einfluß im Recht nur ein secundärer ist), zeigt sich anschaulich darin, daß es Personen giebt, bey denen von ihnen überall nicht die Rede seyn kann.

---

k) L. 3 C. eod. Auch hat die venia aetatis keinen Einfluß auf testamentarische und andere Privatdispositionen, in denen etwas von der Volljährigkeit abhängig gemacht ist, diese wird stets als die natürliche verstanden, wenn nicht eine andere Absicht des Disponenten nachgewiesen werden kann. L. 4 C. eod.

l) Eine Krankheit der Art, daß sie zu einem gewissen Geschäft, um das es sich handelt, untüchtig macht, und daher einen Entschuldigungsgrund abgiebt, heißt morbus sonticus, L. 60 D. de re iud. (42, 1).

m) L. 101 §. 2 D. de V. S. (50, 16): verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum. — Solche Gebrechen sind Stummheit, Taubheit, Blindheit, Zeugungsunfähigkeit. Unter den Zeugungsunfähigen überhaupt, spadones, werden besonders hervorgehoben die durch absichtliche Verstümmelung dazu gemacht sind, castrati. L. 39 §. 1 D. de iure dot. (23, 3), L. 6 pr. §. 1 D. de lib. et post. (28, 2).

n) Savigny, System III §. 112.

o) L. 9 C. qui testam. (6, 22), L. 6 C. de cur. fur. (5, 70), L. 14 D. de off. praes. (1, 18).

p) L. 2 D. de postul. (3, 1), §. 4 I. de curat. (1, 23).

q) L. 2 §. 7 D. de iure fisci (49, 14), L. 2 §. 1 D. si quis in ius voc. (2, 5), L. 1 C. de iuris et f. ign. (1, 18), L. 1 pr. D. de test. milit. (29, 1).

Juristische Personen[a]).

§. 25.

Die Menschen sind die natürlichen Personen, indem bey ihnen die Persönlichkeit an ein Subject von natürlichem Daseyn geknüpft ist. Das Recht hat aber auch Personen aufgestellt, die eine bloß ideelle Existenz haben, insofern das Subject der Persönlichkeit bey ihnen nur ein Begriff ist; entweder ein Verein natürlicher Personen, universitas personarum, oder ein Vermögen, universitas bonorum. Solche Personen heißen juristische (sonst nannte man sie gewöhnlich, sehr ungeeignet, moralische), oder fingirte. Diese juristischen Personen sind eine Ausnahme von der Regel, wonach dem Menschen, keinem andern Wesen die Persönlichkeit zukommt, eine Ausnahme, die keine Anomalie, und die durch eine in gewissen Verhältnissen liegende Nothwendigkeit hervorgerufen ist. Die Bestimmung nämlich, die manchen Gütern gegeben ist (für die Zwecke einer Gesammtheit als solcher, oder für einen sonstigen über das Interesse bestimmter einzelner Personen hinausliegenden Zweck), macht es unthunlich oder unpassend, als die zu diesen Gütern Berechtigten die einzelnen natürlichen Personen zu behandeln; die Gesammtheit oder der Zweck selbst ist in solchen Fällen als berechtigtes Subject betrachtet, und somit als Person fingirt worden. Mit dieser Veranlassung der juristischen Personen hängt es denn auch zusammen, daß ihre Rechtsfähigkeit stets nur eine Vermögensrechtsfähigkeit ist, und zwar mit Ausnahme solcher Vermögensrechte, die in wesentlicher Verbindung mit Familienverhältnissen stehen[b]). In jener Sphäre aber ist für sie oder für einzelne Arten derselben manches singuläre Recht eingeführt, theils als Folge ihres von dem der natürlichen Personen abweichenden Daseyns, theils als besondere Begünstigung ihrer Zwecke.

§. 26.

Ein Verein von Personen kann eine gewöhnliche Gesellschaft, privata societas seyn, in welchem Fall kein von den einzelnen Glie-

---

a) Savigny, System II §. 85—102. Puchta in Weiske's Rechtslexicon: Corporationen (1840). (Den neuesten Versuch enthält: K. Pfeifer, die Lehre v. d. jurist. Personen nach gem. und würtemb. Rechte. 1847. R.)

b) Weitere, auf besonderen Gründen beruhende, Einschränkungen ihrer Rechtsfähigkeit, oder der Rechtsfähigkeit einzelner von ihnen, werden bey einzelnen Rechten vorkommen.

dern verschiedenes Rechtssubject besteht, die gemeinschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten jedem Einzelnen pro rata zukommen. Anders wenn der Verein Subject einer juristischen Person ist („Corporationsrechte" hat). Hier ist das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten des Vereins das Ganze, die juristische Person, die etwas von allen einzelnen Gliedern verschiedenes ist[c]), wie sie denn auch stets dieselbe bleibt, wenn auch alle ihre Glieder sich verändern[d]).

Als solche universitates personarum kommen vor: 1) vor allem der Staat selbst, insofern er Vermögen hat und durch dieses in privatrechtliche Verhältnisse eintritt, diese Seite des Staats wird durch das Wort fiscus bezeichnet[e]); 2) die Gemeinden (civitates, municipia etc.), als dem Staat gleichartige und daher auch mit demselben Namen (respublicae) bezeichnete Corporationen[f]); 3) die

c) L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8): — ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus. L. 1 §. 7 D. de quaest. (48, 18), L. 7 §. 1 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent. L. 2 eod.: Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sic haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis. Uebertragung eines Corporationsgutes an die einzelnen Glieder ist daher durchweg eine reine Veräußerung. L. 1 §. 15 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). (Auch die Rechte, deren Ausübung den einzelnen „Interessenten" überlassen ist, stehen nur der Corporation zu. Vgl. Annalen des Advocaten-Vereins zu Hannover 1846. S. 76—83. R.)

d) L. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), L. 76 D. de iud. (5, 1) vgl. L. 59 pr. D. pro soc. (17, 2). Das Verhältniß der Glieder ist das einer Vertretung des Ganzen, wie diese durch die Corporationsverfassung bestimmt wird (§. 53).

e) Der Fiscus hat mannigfache Rechtswohlthaten. Dig. XLIX. 14. Cod. X. 1: de iure fisci. Eine Zusammenstellung s. z. B. bey Westenberg, principia iuris 49, 14. Auf der andern Seite hat man gegenüber dieser mächtigsten aller Personen den Grundsatz für gerecht gehalten, den L. 10 D. h. t. ausspricht: Non puto delinquere eum qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Eine andere Erklärung, wonach nur die Straflosigkeit eines solchen Verfahrens in der Stelle ausgesprochen seyn soll, scheint, wenn überall, doch wenigstens zu ihrer Aufnahme in die Pandekten nicht zu passen.

f) Auch sie haben mancherley singuläre Rechte. Cod. XI. 29: de iure

Corporationen, welche in Verbindung mit einzelnen Staatsanstalten stehen, so daß sie öffentlichen Zwecken dienen, wenn auch nicht auf jene unmittelbare Weise, wie die Gemeinden, sie heißen corpora, collegia, decuriae, societates (publicae), sodalitates[g]), wohin die römischen Beamtenvereine, Zünfte, Gesellschaften zur Pachtung öffentlicher Rechte ꝛc. gehörten[h]); 4) die Kirche und die kirchlichen Corporationen, die in ihr unterschieden werden[i]).

§. 27.

Wer Güter für einen frommen und gemeinnützigen Zweck (z. B. für Armen-, Kranken-, Waisen-Versorgung, Unterricht, Beförderung der Künste und Wissenschaften, Ausbreitung des Christenthums) stiften will, hat nicht nöthig, diese Güter in das Eigenthum einer bestehenden, natürlichen oder juristischen, Person mit der Auflage der Verwendung zu jenem Zweck zu bringen. Vielmehr wird eine solche „milde Stiftung“, wenn jenes nicht geschehen ist, als ein selbstständiges Vermögen behandelt, welches das Subject, dem es zusteht, in sich trägt; der Zweck selbst, die pia causa, ist dieses Subject, und so werden solche Güterinbegriffe Träger juristischer Persönlichkeiten, welche pia corpora, piae causae genannt werden[k]).

Es giebt noch eine universitas bonorum, welche als Träger

---

reipublicae. Von ihrer Verfassung handeln Dig. L. 1—11. 15., Cod. I. 55. 56. VIII. 12. 13. X. 31—70. XI. 13—57.

g) Dig. XLVII. 22: de collegiis et corporibus.

h) Savigny. System II §. 88. In unserer Zeit gehören dahin auch die Universitäten, sofern sie als Corporationen behandelt werden; ist dieß nicht mehr der Fall, so ist doch mit ihnen noch eine juristische Persönlichkeit verbunden, die aber unter die Rubrik der Stiftungen (§. 27) gehört.

i) Cod. I. 2. 3. Es fragt sich, ob die Persönlichkeit der Kirche lediglich in den einzelnen Kirchengemeinden sich darstelle, oder auch in der über diesen stehenden Kirche. Vgl. die Lehre von dem Subject des Kirchenvermögens bey Eichhorn, Grundſ. des K. R. II S. 649 f., Richter, Lehrb. des K. R. §. 287.

k) S. die Rubrik von Cod. I. 3, und L. 23 C. de ss. eccles. (1, 2), L. 24. 28. 35. 46 (ungloss.) 49 C. de episc. et cler. (1, 3), Nov. 131 c. 11. 15, Clem. 2 pr. de relig. domib. (3, 11). — Einige Neuere leugnen die Existenz der piae causae als besonderer juristischer Personen, indem sie solche Güter schlechthin der Kirche oder Gemeinde ꝛc. zuweisen, so Roßhirt im Archiv für civil. Praxis X. 13 S. 321 ff. (Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht V. S. 239 ff.) Fritz, Erläuterung zu Wening I S. 153 f. Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage, vgl. Savigny, System II S. 271, Mühlenbruch in Glücks Commentar XL S. 79 ff.

einer juristischen Persönlichkeit zu betrachten ist, dieß ist das Vermögen, sofern es als Ganzes auf einen Andern übergeht, der die in dem Vermögen als juristische fortgedachte Person des früheren Berechtigten repräsentirt, so namentlich die Erbschaft[l]).

§. 28.

Die Entstehung einer juristischen Person hat zwey Voraussetzungen: 1) das Daseyn der Thatsache, welche die Unterlage derselben bildet, dieß ist entweder a) ein Personenverein, von der Beschaffenheit, wie das Recht ihn fordert[m]), oder b) ein Güterinbegriff, bey den piae causae namentlich Stiftung durch eine wirk-

l) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1): — hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas. L. 31 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5), L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1). Ueber die Nothwendigkeit und Bedeutung dieser Fiction s. §. 446. 447. Auch diese juristische Persönlichkeit ist in Abrede gestellt worden, s. besonders Savigny, System II §. 102. und dagegen Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 712 ff. — Man hat die Aemter unter die juristischen Personen gerechnet, so unter vielen Andern Mühlenbruch, Lehrbuch §. 199 vgl. daselbst §. 40 Note 4. Der Grund ist L. 25 D. ad legem munic. (50, 1): magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit. Man sieht, wenn in dieser Stelle den Municipalmagistraten Corporationsrechte gegeben wären, so würde dieß so wenig ein allgemeiner Grundsatz seyn, als bey der Curie, die sie wirklich hat. Die Stelle aber sagt dieß gar nicht, sonst müßten auch Correalgläubiger eine juristische Person seyn, von denen L. 9 D. de pact. (2, 14) sagt, unius loco habentur. Uebrigens ist jene Behauptung gewöhnlich harmlos gemeint, man pflegt den Aemtern kein Eigenthum, keine Forderungen und Schulden zuzuschreiben (in der That ist das Subject solcher Privatverhältnisse immer entweder die natürliche Person des Beamten, oder der Fiscus), während die Rechtssätze, die Mühlenbruch a. a. O. vorträgt und mit jener Behauptung einleitet, in keinem wirklichen Zusammenhang mit ihr stehen. — Einige haben sogar Grundstücke in die Reihe der Personen gesetzt, weil es Rechte giebt, die mit dem Eigenthum eines Grundstücks verknüpft sind, und ihrem Inhalt nach wesentlich auf dieses sich beziehen (Realservituten, operis novi nunciatio); diese schon ihrem Resultate nach höchst widernatürliche Ansicht bedarf kaum einer Widerlegung.

m) Bey Collegien hat das römische Recht die Vorschrift, daß für den Anfang wenigstens drey Glieder vorhanden seyn müssen. L. 85 D. de V. S. (50, 16). Was aber überhaupt zur rechtlichen Existenz dieser Thatsache z. B. einer Gemeinde, einer Kirche rc. gehöre, ist eine Frage des öffentlichen Rechts jedes Staates.

same Disposition für einen Zweck der erforderlichen Art; 2) eine Rechtsvorschrift, welche diesem Subject die Persönlichkeit beilegt, diese aber kann a) eine Rechtsregel seyn (eben so wie bey den natürlichen Personen), welche also nicht bloß einen individuellen Fall betrifft; hier ist in dem einzelnen vorliegenden Fall nur zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Rechtssatzes vorhanden sind, und dieß ist ein Gegenstand richterlicher Thätigkeit; b) eine Concession (constitutio personalis), die nur für die einzelne juristische Person gilt, die dadurch errichtet wird. Auf einem Rechtssatz beruht unzweifelhaft die Persönlichkeit des Staats, der Gemeinden, der Kirche, der Erbschaft; dasselbe (was offenbar das natürlichste ist) bey piae causae zu leugnen, ist kein Grund vorhanden[n]). Auch bey den Corporationen außer den vorhin genannten nennt das römische Recht solche, deren Persönlichkeit auf einer Rechtsregel beruht, gegenüber andern, die nur als einzelne durch Concession entstanden sind[o]); inwieweit die collegia, welche heutzutage vorkommen, zu den vermöge eines Rechtssatzes als Personen geltenden gehören, ist nicht nach dem römischen Recht zu entscheiden[p]).

n) Unser geschriebenes Recht setzt ihre Persönlichkeit voraus, ohne des Erfordernisses einer besondern Concession mit einem Wort zu gedenken (mit der man übrigens das Erforderniß einer gerichtlichen Confirmation der Stiftung, wenn diese vorgeschrieben wäre, nicht verwechseln darf; dieß bezieht sich auf die Voraussetzung 1, nicht auf die Voraussetzung 2. Diese Frage ist bey Gelegenheit einiger neuerer Fälle vielfach zur Erörterung gekommen, vgl. unter andern Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin in der Städtel. Erbschaftssache 1827. Elvers, Erörterungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit jurist. Personen 1827. F. A. Northoff, die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Test. des weiland ꝛc. Blum 1833. Für die Nothwendigkeit einer besondern Concession ist aufgetreten Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städtel. Beerbungsfalls 1828, und in Glück's Commentar XL §. 143 b, auch Savigny, System II §. 89 hat sich dafür erklärt. S. dagegen Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 705—712.

o) L. 1 pr. D. quod cuiusc. univ. (3, 4): vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum etc. (nicht einzelnen, sondern allen auch künftig zusammentretenden) — item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum (hier ist von einer Concession die Rede). —

p) Vgl. Puchta a. a. O. S. 712. Uebrigens ist auch hier eine polizeiliche Genehmigung, die zu ihrer Existenz nöthig seyn kann, nicht mit einer

Die Aufhebung einer bestehenden juristischen Person geschieht 1) durch den Untergang des Subjects (welcher dem Tod einer natürlichen Person gleichsteht)[q], so bey einem Personenverein durch Auflösung desselben von Seiten des Staats, nicht durch bloßen Beschluß der Glieder[r], auch nicht durch das bloße Aussterben der Glieder, wodurch an sich nur ein Stillstand der Thätigkeit eintritt[s]; 2) durch die Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staats, während das Subject, so namentlich der Personenverein, fortdauert[t].

Zweites Kapitel.

Der Inhalt der Rechte.

Rechtsverhältnisse und Rechte.

§. 29.

Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Menschen auf einander, die als Ausflüsse der rechtlichen Freiheit betrachtet werden, der Freiheit also, die dem Willen als solchem und abgesehen von seiner moralischen Qualification zukommt, mit einem Wort: Verhältnisse, in denen die Menschen als Personen stehen (§. 22). Die Thätigkeit des moralischen Willens ist die Entscheidung für das Gute oder Böse, die des rechtlichen, also die Thätigkeit der

---

Concession der juristischen Persönlichkeit (die kein Ausfluß der Polizeigewalt ist) zu verwechseln. Ist eine Concession nöthig, so ist jene polizeiliche Genehmigung nicht hinreichend, und ist diese nöthig, so ist damit noch nicht gesagt, daß eine Concession erforderlich sey.

q) L. 21 D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

r) Dieser ist dadurch ausgeschlossen, daß bey einer Corporation eine von den Gliedern verschiedene Person existirt, deren Daseyn von ihrer Willkür unabhängig ist.

s) Dieß folgt auch aus dem Satz, daß die juristische Person bey der Reduction auf Ein Glied fortdauert L. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), denn von dem gegenwärtigen Bestehen eines Personenvereins kann hier so wenig die Rede seyn, als wenn momentan kein Glied mehr existirt. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 85 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

t) Die Berechtigung der Staatsgewalt zu einer solchen Maßregel ist eine Frage des öffentlichen Rechts. — Ueber das Schicksal der Güter einer aufgehobenen juristischen Person s. §. 564.

Personen als solcher, ist die Unterwerfung von Gegenständen. Das Resultat dieser Unterwerfung, sofern sie ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit, also den Rechtsvorschriften gemäß ist, ist eine rechtliche Macht über den Gegenstand, ein Recht an demselben, welches der Person zusteht. Diese Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse, die Rechtsverhältnisse sind Complexe von Rechten, die durch den Verkehr der Personen in Beziehung und Wirkung auf einander gesetzt werden, und die rechtliche Beurtheilung und Auseinandersetzung der Verhältnisse besteht eben darin, daß die darin enthaltenen Rechte erkannt, ihre Wirkungen und Modificationen in dieser Verbindung bestimmt werden.

Begründung der Rechte.

§. 30.

Die Rechtsvorschrift, aus der die Person ein Recht ableitet, ist regelmäßig eine allgemeine, entweder ius commune oder singulare (§. 21). Die durch ein ius singulare begründeten Rechte heißen Rechtswohlthaten oder privilegia[a]). Es liegt in der Natur der singulären Rechte, daß sie im Fall einer Collision mit solchen, die sich aus dem ius commune ableiten, vorgehen; der Fall einer Collision der Privilegien unter sich ist zum Theil durch einen besondern Vorzug, den das Recht dem einen vor dem andern giebt, entschieden[b]), außerdem wird die Entscheidung aus den Grundsätzen der Classe von Rechten, der sie angehören, zu entnehmen seyn, entweder auf Erhaltung des Status quo (melior est conditio possidentis)[c]),

a) In diesem Sinn, der im römischen Recht fast der ausschließliche des Worts ist, s. Savigny, System I S. 65 f. Häufig hat dieser Name Veranlassung gegeben, sie mit den Privilegien in einem ganz besonderen Sinne (§. 31) zusammenzuwerfen (wie dieß z. B. auch von Mühlenbruch, Lehrbuch I §. 80—82 geschieht), und so zwey sehr abweichende Begriffe und Rechtslehren zu verwirren.

b) So dem beneficium in integrum restitutionis minorum vor dem der Filiifamilias ex S. C. Macedoniano und der Frauen ex S. C. Velleiano L. 11 §. 7 L. 12 D. de minor. (4, 4), ferner manchen Pfandrechts- und Forderungs-Privilegien vor andern.

c) L. 11 §. 6 L. 34 pr. D. de minor. (4, 4), L. 10 D. de pignor. (20, 1) ꝛc. Aehnlich ist die Entscheidung der Prävention: occupantis melior est conditio, wenn zwey gleich Berechtigte gegen einen Dritten auftreten; die Prävention geschieht aber dadurch, daß man ein richterliches Urtheil für sich erlangt. L. 14 pr. D. de noxal. act. (9, 4), L. 10 D. de pecul. (15, 1).

oder auf Concurrenz in der Ausübung pro rata[d]). Das Subject des singulären Rechts bestimmt sich verschieden, je nachdem die Begünstigung gewissen Personen (privilegium personae) oder gewissen Rechtsverhältnissen (privilegium causae) zugedacht ist; hier ist jeder, der in diesem Rechtsverhältniß auf die vorausgesetzte Art sich befindet, das Subject, und das Subject des Beneficiums wechselt mit dem des Rechtsverhältnisses, dort hingegen ist die Rechtswohlthat mit der Person verknüpft, und geht nicht mit dem Rechtsverhältniß über[e]). Der Privilegirte hat übrigens die Wahl zwischen seinem singulären Recht und dem ius commune: invito beneficium non datur[f]), dieß folgt auch aus dem Grundsatz, daß ihm die Rechtswohlthat nicht zum Nachtheil gereichen soll[g]); verwirkt aber wird die Ausübung des Beneficiums überall, wo sich der Privilegirte durch unrechtliches Verhalten dieser Gunst unwürdig macht[h]).

§. 31.

Es giebt Rechte, die sich überall nicht auf einen Rechtssatz, weder gemeinen noch singulären, gründen, sondern auf eine Concession, constitutio personalis, die ein Recht ohne Consequenz für andere gleiche Fälle verleiht. Ein solches Recht heißt Privilegium in einem besondern Sinn[i]). Das Privilegium ist stets einem Individuum gegeben, entweder einer bestimmten Person, über die es nicht hinausgeht, wenn es auch seinem Inhalt nach zu einer sonst veräußerlichen und vererblichen Classe von Rechten gehörte (personelles Privilegium), oder einem Sachindividuum, so daß es

---

d) So z. B. bey den Forderungsprivilegien §. 248.

e) L. 68. 196 D. de R. I. (50, 17). Bey dem Beneficium ist jedoch zu unterscheiden ein mittelst des Beneficiums schon erworbenes Recht. L. 6 D. de in integr. rest. (4, 1), L. 18 §. 5 D. de minor. (4, 4).

f) L. 69 D. de R. I. (50, 17). Selbst wenn schon ein auf das ius singulare gegründetes Urtheil gegeben wäre. L. 41 D. de minor. (4, 4).

g) L. 6 C. de legib. (1, 14).

h) So z. B. L. 10 §. 1 D. de fidei. (46, 1) und bey den einzelnen Beneficien der in integrum restitutio, des S. C. Macedonianum, des S. C. Velleianum.

i) (Schlayer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XII. Num. 2. R.) Man hat privilegia favorabilia und odiosa unterschieden. Bloß die ersteren gehören hierher, die letzteren sind constitutiones personales, aus denen kein Recht entspringt.

dem jedesmaligen Eigenthümer der Sache zusteht (Realprivilegium)[k]). Der Inhalt der einzelnen Privilegien ist verschieden nach der Beschaffenheit des ertheilten Rechts, welches verschiedenen Classen von Rechten zugehören kann, z. B. den dinglichen Rechten, Forderungen, Befreiungen ꝛc.[l]).

Die Privilegien entstehen durch Concession des Regenten, und dieß ist es eben, was dem Recht einen besondern Charakter aufdrückt[m]). Der Beweis der Concession aber kann ersetzt werden durch unvordenkliche Zeit[n]). Sie endigen sich theils nach Art der Rechte, in deren Classe sie ihrem Gegenstand nach gehören[o]), theils auf eigenthümliche mit ihrer Entstehung zusammenhängende Weise: durch Widerruf, wenn dieser vorbehalten ist, oder ein rechtmäßiger Grund (Staatswohl, Mißbrauch) eintritt, durch Richterspruch wegen Mißbrauchs nach vorhergegangener fruchtloser Verwarnung[p]), durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae

---

k) L. 1 §. 2 D. de const. princ. (1, 4), L. 1 §. 43 D. de aqua (43, 20), L. 1 §. 1 D. de iure immun. (50, 6), L. 3 §. 1 D. de censib. (50, 15).

l) Unpassend hat man überall auf Privilegien die Grundsätze von Servituten anwenden wollen, daher man auch die Klage aus einem Privilegium actio confessoria zu nennen pflegt.

m) Falsch ist die Eintheilung in priv. conventionalia und non conventionalia. Die Entstehung ist stets ein einseitiger Act, kein Vertrag. Ein anderes ist, ob für das Privilegium etwas geleistet wird, priv. onerosum, oder ob es unentgeltlich verliehen ist, priv. gratuitum.

n) cap. 26 X. de V. S. (5, 40), cap. 1 de praescr. in VI. (2, 13), R. A. 1548 §. 56., R. A. 1576 §. 105.

o) Darnach entscheidet sich auch die Frage, ob das Privilegium sich durch Nichtgebrauch endige. Besonders entschieden ist 1) im römischen Recht, daß die Concession eines Jahrmarkts durch Nichtgebrauch von 10 Jahren untergehe L. 1 D. de nundin. (50, 11), 2) im canonischen Recht, die Zehntfreiheit in 30 und 40 Jahren cap. 6. 15 X. de privil. (5, 33). Unrichtig ist die Ausdehnung dieser Endigungsart auf alle, oder auf alle negativen Privilegien, s. darüber Hufeland, (veränd. allg. Ansicht der Lehre von den Priv.) über den eigenth. Geist des R. R. ꝛc. I S. 211 ff. (1815). Fritz, Zeitschr. für Civilr. und Civilproc. IV. 6 (1831). (Steppes, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XIV No. 5 [1840], welcher c. 6 und 15 auf den Untergang eines Privilegii durch Verzicht bezieht. Vergl. auch C. Th. v. Kleinschrod, die internationale Patentgesetzgebung 1855. R.)

p) Vgl. §. 14 Note d. L. 3 C. de aquaed. (11, 42), c. 7 D. 74. Glück, Commentar II §. 107—109.

voluntatis beneplacitum verliehen sind[q]), Personalprivilegien durch den Tod des Berechtigten, Realprivilegien durch den Untergang der Sache (Note k).

Verschiedener Inhalt der Rechte.

§. 32.

Der Inhalt der Rechte bestimmt sich theils durch die Stellung der Person und den Einfluß, den diese auf den rechtlichen Willen hat (§. 33—45), theils durch den Gegenstand, der vermöge eines Rechts dem Willen unterworfen ist, und dessen Natur auf das Recht zurückwirkt (§. 46).

1. Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen.

§. 33.

Der Mensch steht in Rechtsverhältnissen als Einzelner, als Glied der Familie, des Volks (oder der rechtlichen Form dieser Verbindung: des Staats), der Kirche. Diese Stellungen der Personen haben einen bestimmenden Einfluß auf die Beschaffenheit ihres rechtlichen Willens, die Rechtsverhältnisse selbst haben eine verschiedene Natur, jenachdem sie sich auf die eine oder die andere Stellung ihrer Subjecte beziehen, und der Bestimmung des Menschen, in der einen oder andern Sphäre zu wirken, entsprechen. Die, in welchen wir den Menschen als Einzelnen, d. h. abgesehen von seiner Eigenschaft als Glied jener organischen Verbindungen, denken können, sind die Vermögensverhältnisse, diejenigen, deren Subject der Mensch als Glied eines jener Ganzen ist, sind Familienverhältnisse, öffentliche, kirchliche Rechtsverhältnisse. Das Recht selbst, welches den Verhältnissen ihre Regel giebt, ist daher dreifach: Privatrecht, öffentliches Recht, Kirchenrecht[a]). Das Privatrecht zerfällt in Vermögensrecht und Familienrecht.

---

q) Cap. 5 de rescr. in VI. (1, 3).

a) Vgl. Puchta, Cursus der Instit. I §. 21—27. Die römischen Juristen geben nur zwey Theile: ius privatum und publicum. Die religiöse Verbindung konnte ihnen nur als ein Theil des Staats, das ius sacrum nur als eine Abtheilung des ius publicum erscheinen. L. 1 §. 2 D. de I. et I. (1, 1),

A. Vermögensrecht.

§. 34.

Als Einzelner gedacht steht der Mensch den Dingen der äußeren Natur gegenüber. Das Vermögensrecht bestimmt die Verhältnisse, welche sich auf die Dinge beziehen, theils insofern sie der rechtlichen Macht einer Person unterworfen sind (Besitz und Eigenthum nebst den abgesonderten Eigenthumsrechten), theils sofern sie in ihre Macht erst gebracht werden sollen (Obligationen). Der juristische Name für jene Dinge der äußern Natur ist Sache, die Sache ist daher die Grundlage des Vermögens, und Vermögen ist die Gesammtheit der Rechte einer Person, die entweder in der Macht über eine Sache bestehen, oder in dieser ihr Aequivalent finden[a]). So wie nun jedes einzelne Vermögensrecht einen Sachwerth hat, so entspricht auch dem ganzen Vermögen ein solcher Werth. Um diesen zu finden ist es nicht genug, die Rechte (die activen Bestandtheile des Vermögens) anzuschlagen, sondern es sind von ihrem Werth die Schulden abzuziehen[b]); ein Gegenstand, den ich einem Andern zu leisten verpflichtet bin, hat dadurch specifisch nicht aufgehört, zu meinem Vermögen zu gehören, aber er geht dem Werth meines Vermögens ab. Darum aber eben ist es nothwendig, auch die Schulden (als passiven Bestandtheil desselben) unter dem Vermögen mit zu begreifen[c]).

---

und auch unter den christlichen römischen Kaisern war diese Anschauung noch mächtig genug, um die Anerkennung der Kirche als einer gegen den Staat innerlich selbstständigen Verbindung, und damit des Kirchenrechts als eines dritten den beiden andern coordinirten Theils des Rechts auszuschließen. — Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks ius publicum s. Savigny, System I S. 60.

a) Vgl. L. 49 D. de V. S. (50, 16).

b) L. 39 §. 1 D. eod.: bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. Dieser Ausspruch gilt für alle Fälle, wo es sich um den Werth des Vermögens, namentlich also um einen Gewinn, der Jemandem dadurch geworden ist oder werden soll, handelt.

c) L. 3 pr. D. de bonor. poss. (37, 1). Diese Behandlung, bey der ein Vermögen existirt, in welchem Verhältniß auch active und passive Bestandtheile stehen mögen (sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum), tritt überall ein, wo es sich um das Vermögen als juristische Gesammtheit handelt.

Von den Sachen und ihren Eigenschaften.

§. 35.

Sache ist ein von der Person äußerlich unabhängiger, aber gänzlich der Unterwerfung unter ihren Willen bestimmter körperlicher Gegenstand. Dieser Begriff der Sache unterliegt einigen Modificationen, und zwar in zwey Punkten:

1) Der Begriff der Sache ist über die körperlichen Gegenstände hinaus erweitert worden. Eine solche Erweiterung liegt nicht in der Eintheilung in res corporales und incorporales, denn diese ist nicht als eine Eintheilung der Sachen gemeint[a]), sondern als eine Eintheilung der Dinge und Gegenstände, bey der unter den incorporalia die Rechte außer dem Eigenthum verstanden werden[b]), aber darin, daß in manchen Beziehungen eine Gesammtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird[c]). Ein Ganzes von Sachen läßt sich denken a) als ein körperliches, von körperlich zusammenhängenden Sachen (s. g. universitas rerum cohaerentium), dieses als eine Sache zu behandeln ist dem Begriff der Sache vollkommen gemäß; b) als ein unkörperliches, von körperlich getrennten Sachen, die nur durch eine gemeinsame Bestimmung, der sie vollständig unterworfen worden sind, also innerlich verbunden sind, z. B. Heerde, Waarenlager (s. g. universitas rerum distantium); die Behandlung eines solchen unkörperlichen Ganzen als Sache ist unter jener Ausdehnung des Begriffs der Sache verstanden[d]).

---

a) Dieses Mißverständniß war sonst sehr gewöhnlich, und hat durch die Uebertragung der Grundsätze von den Sachen auf die res incorporales bedeutende Irrthümer erzeugt.

b) Inst. II. 2: de rebus incorporalibus. Ulpian. XIX. 11. L. 1 §. 1 D. de div. rer. (1, 8), L. 12 in f. C. de praescr. l. t. (7, 33).

c) L. 1 §. 3 L. 3 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 13 pr. 34 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 22 D. de leg. I. (30). Vgl. L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3).

d) L. 30 pr. D. de usurp. (41, 3). Keine solche universitas rerum ist eine Mehrheit von Sachen, die zusammen zum Dienst einer andern Sache bestimmt sind. L. 3 §. 1 D. de R. V. (6, 1). — Eine sonst herrschende Ansicht war, zwey Arten von universitates rerum (zum Theil in Folge des Note a berührten Irrthums) zu unterscheiden, universitates facti s. hominis (die hier besprochene) und universitates iuris (hereditas, peculium, dos), von denen die Regel gelten sollte: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei (vgl. unten § 149). S. dagegen Hasse, über universitas iuris et rerum und

2) Manche Sachen sind durch das Recht der rechtlichen Unterwerfung entzogen worden, es giebt res quarum non est commercium[e]). Am vollständigsten gilt dieß von den res sacrae (dem Gottesdienst durch eine priesterliche Handlung geweiht) und religiosae (Begräbnißstätten), welche eben darum, weil sie dem menschlichen Recht ganz entzogen seyn sollen, res divini iuris heißen (unterschieden von dem Kircheneigenthum, res ecclesiae)[f]), und auf ähnliche Weise, als res sanctae, werden Stadtmauern und Stadtthore behandelt[g]). Am nächsten kommen jenen Sachen die res omnium communes, die eben darum Keinem ausschließlich gehören können: aër, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris[h]). Ist aber die Ausscheidung eines Theils aus dem Ganzen (so beim Meer und Meeresufer) möglich, so ist dieser Theil Gegenstand des Eigenthums, solange die Ausscheidung dauert[i]). Von den Sachen sodann, die im Eigenthum des Staats oder einer Gemeinde sind (res publicae), sind dem Eigenthum der Privatpersonen schlechthin entzogen die, quae in publico usu habentur, namentlich der zu öffentlichen Plätzen und Straßen, auch Wasserstraßen (Flüssen, Canälen, Seen, Häfen) dienende Boden, solange er diese Bestimmung hat[k]). Anders die übrigen res publicae,

---

über Universal- und Singularsuccession, Archiv für civ. Praxis V. 1 (1822), und Mühlenbruch, über die s. g. iuris und facti universitates das. XVII. 12. (1834). — Wegen einiger anderer, in neuerer Zeit über die universitates rerum vorgekommener Irrthümer vgl. Puchta, Cursus der Institut. II §. 222 Note g. i. (Gleichartigkeit der Gegenstände z. B. Waarenlager? Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XX Num. 6 [1844] S. 199 ff. R.)

e) Dig. I. 8: de divisione rerum et qualitate. Cod. IV. 40: quae res venire non possunt, et quae vendere vel emere vetantur. Vgl. Puchta, Cursus der Instit. II §. 223.

f) L. 1 pr. 6 §. 3. 4 D. de div. rer. (1, 8), L. 40 D. de relig. (11, 7), L. 21 C. de ss. eccles. (1, 2), L. 14 C. de legat. (6, 37). Diese Ansicht ist übertragen worden auf die christlichen Verhältnisse, die evangelische Kirche hat sie verworfen, indem sie diese Sachen als Kircheneigenthum behandelt.

g) L. 8 pr. 9 §. 3. 4 L. 11 D. de div. rer. (1, 8).

h) L. 2—4 eod. L. 96 pr. 112 D. de V. S. (50, 16).

i) L. 6 pr. 10 D. de div. rer., L. 14. 50 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 3. 4 D. ne quid in loco publ. (43, 8), L. 1 §. 17 D. de flumin. (43, 12).

k) L. 6 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 24 pr. D. de damno inf. (39, 2), L. 2 §. 2. 17. 21 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8), L. un. D. ut in flum. publ. (43, 14), L 15—17 D. de V. S. (50, 16). Verschieden

welche die pecunia populi bilden, und die nur ausnahmsweise, indem sie für unveräußerlich erklärt werden, dem Privateigenthum entzogen seyn können[l]). So können endlich noch andere Sachen (z. B. schädliche Substanzen) durch besonderes Verbot dem Privateigenthum entzogen seyn, worüber sich keine allgemeine Regel geben läßt.

§. 35a.

Der Schutz der Sachen, welche dem Privatrecht entzogen, und ihre Erhaltung für den Gebrauch, zu dem sie bestimmt sind, ist eine Aufgabe der Behörden, der sie eine von Parteianträgen unabhängige Thätigkeit zu widmen haben[m]), und dieses officielle Einschreiten ist heutzutage der gewöhnliche Weg, wie Verletzungen jener Sachen beseitigt werden. Das römische Recht eröffnet aber noch einen andern Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage), oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird. Diesen Klagen, besonders denen der letzteren Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht.

Zum Schutz der res divini iuris ist bestimmt 1) das interdictum ne quid in loco sacro fiat gegen den, welcher an einem geheiligten Ort etwas demselben Nachtheiliges unternimmt[n]), als Kläger kann jedes Glied der betreffenden Religionsgemeinschaft auftreten; 2) das interdictum de mortuo inferendo, welches, um die Beerdigung zu beschleunigen, jedem, der ein Begräbnißrecht an dem Ort hat, und an der Bestattung gehindert wird, ja sogar wenn sein Recht bestritten ist, auf provisorische Beisetzung des Todten gegeben wird[o]); 3) das interdictum de sepulcro aedificando, welches der an der Errichtung eines Grabmals auf der ihm

---

davon ist Privateigenthum, das in publico usu ist. L. 5 pr. D. de div. rer. (1,8), L. un. pr. §. ult. D. ut in flum. publ., L. 15 D. de adqu dom. (41,1).

l) Vgl. L. 39 §. 10 D. de legat. I. (30).

m) S. auch Dig. XLIII. 10: de via publica et si quid in ea factum esse dicetur.

n) L. 1 D. ne quid in loco sacro (43, 6).

o) L. 1 pr. §. 1—4 D. de mortuo infer. (11, 8), L. 43 D. de relig. (11, 7).

zuständigen Begräbnißstätte Verhinderte gegen den Störer hat[p]); 4) eine Klage gegen den absichtlichen Verletzer einer Grabstätte, für den speciell Berechtigten auf eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Summe, sonst als Popularklage auf 100, und wenn die Verletzung durch Einrichtung einer Wohnung auf dem Grabmal oder Verbauen desselben geschah, auf 200 aurei[q]).

Zum Schutz der öffentlichen Plätze und Wege und ihres Gebrauchs[r]) sind bestimmt: 1) ein Interdict für den, welcher durch die Vorrichtungen eines Andern auf einem locus publicus benachtheiligt, sey es auch nur, daß ihm ein Vortheil (des Mitgebrauchs, Zugangs, der Aussicht ꝛc.) entzogen wird[s]); es geht auf Unterlassung jener Vorrichtung, und setzt daher ihre Nichtvollendung voraus (es ist prohibitorisch, nicht restitutorisch), die Beseitigung einer schon vollendeten bleibenden Vorrichtung ist Sache der Behörde[t]); es fällt weg, wenn der Unternehmer eine von ihm nicht überschrittene obrigkeitliche Erlaubniß für sich hat[u]); 2) ein Popularinterdict gegen den, welcher auf einer Landstraße etwas macht oder darauf bringt, wodurch der Weg verschlimmert und seine Benutzung erschwert wird, auf Unterlassung[v]), gegen den Besitzer der schon gemachten Vorrichtung auf Wiederherstellung der Straße in ihren vorigen Zustand[w]); 3) eine Popularklage gegen den, welcher an einem Gebäude bey einem öffentlichen Weg etwas hat, so daß es herabfallen und jemanden beschädigen kann, also die Benutzung des Weges auf diese Art gefährdet (qui positum vel suspensum habet, nicht bloß wer es so gefährlich angebracht hat, sondern

p) L. 1 §. 5—10 D. de mortuo infer. (11, 8).

q) L. 3 pr. D. de sep. viol. (47, 12).

r) Nicht jedes öffentliche Grundeigenthum wird hier unter loca publica verstanden, sondern nur das dem gemeinen Gebrauch bestimmte. L. 2 §. 2—5 D. ne quid in loco publico (43, 8). Dig. XLIII. 7: de locis et itineribus publicis.

s) L. 2 §. 10—15 D. ne quid in loco publ. (43, 8). (Reinhard, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 8. R.)

t) L. 2 pr. §. 17. 18 L. 7 eod.

u) L. 2 pr. §. 10 eod. — Wer außer jenem Fall an dem Gebrauch eines locus publicus (der nicht ein Weg ist, s. nachher das Interdict 4) gehindert wird, hat nur die actio iniuriarum. L. 2 §. 9 eod.

v) L. 2 §. 20—34 eod.

w) L. 2 §. 35—44 eod.

auch, wer an seiner Wohnung dergleichen duldet), auf 10 solidi[x]); 4) ein Interdict für den, welcher an dem Gebrauch einer öffentlichen Straße gehindert wird[y]); 5) ein Interdict für den, welcher an der Ausbesserung eines öffentlichen Weges gehindert wird[z]); 6) das interdictum de cloacis publicis gegen den, welcher etwas einer öffentlichen Cloake Nachtheiliges unternimmt, auf Unterlassung und Wiederherstellung[aa]).

Zum Schutz der öffentlichen Gewässer[bb]) und ihres Gebrauchs dienen: 1) das Interdict gegen den, welcher in einem öffentlichen Fluß oder auf seinem Ufer etwas der Schifffahrt irgendwie Hinderliches vornimmt, auf Unterlassung[cc]), und gegen den Besitzer der nachtheiligen Vorrichtung auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[dd]); 2) ein Popularinterdict gegen den, welcher den Wasserlauf durch eine Vorrichtung im Fluß oder am Ufer, gegen den Zustand desselben im vorigen Sommer, ändert, auf Unterlassung, gegen den Besitzer auf Wiederherstellung[ee]); 3) ein Interdict für den in dem rechtmäßigen Gebrauch eines öffentlichen Gewässers Gestörten[ff]); 4) das interdictum de ripa munienda

x) L. 5 §. 6—13 D. de his qui effud. (9, 3).

y) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

z) L. 1 D. de via publ. et itinere publ. reficiendo (43, 11).

aa) L. 1 §. 15. 16 L. 2 D. de cloacis (43, 23). (Schmidt, [v. Ilmenau] Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 3 [1850]. R.)

bb) Solche sind nach römischem Recht alle perennirende Flüsse, nimmt ein solcher seinen Lauf über ein Privatgrundstück, so ist er darum so wenig ein flumen privatum, daß er vielmehr das Grundstück, soweit das Wasser geht, ebenfalls zum öffentlichen macht. L. 1 §. 2—10 L. 3 D. de fluminibus, ne quid in flum. publ. ripave eius fiat, quo peius navigetur (43, 12). — Vgl. Funke, Beitr. zum Wasserrecht, Archiv für civ. Pr. XII. 15 (1829). Kori, das. XVIII 2 (1835). Elvers, das Recht des Wasserlaufes, Neue Themis I. 13 (1841). (Schwab, die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benutzung der letztern zum Maschinenbetriebe. Ein Beitr. zur Lehre vom Wasserrecht. Beilageheft zum Archiv für civ. Praxis. XXX. Band [1847]. R.)

cc) L. 1 pr. §. 11—16 L. 2 eod.

dd) L. 1 §. 19—22 eod. Diese Interdicte sind auch auf das Meer, und auf nichtschiffbare Flüsse (wenn sie auf die Schiffbarkeit anderer Einfluß haben?) ausgedehnt. L. 1 §. 17. 18 eod.

ee) Dig. XLIII. 13: ne quid in flumine publ. fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.

ff) Dig. XLIII. 14: ut in flum. publ. navigare liceat.

für den, welcher in einer zum Schutz der Ufer eines öffentlichen Gewässers oder seines anliegenden Grundstücks bestimmten Vorrichtung gestört wird, vorausgesetzt, daß er die Schifffahrt nicht beeinträchtigt und den übrigen Anliegern damni infecti cautio auf zehn Jahre wegen des Nachtheils leistet, den ihnen sein Vornehmen bringen kann[gg]).

Beweglichkeit, Dauer, Fungibilität.

§. 36.

Manche natürliche Eigenschaften der Sachen begründen Unterschiede und Eintheilungen derselben, die auch für das Recht wichtig sind. So steht der Grund und Boden, solum, nebst dem, was wesentlich mit ihm zusammenhängt, res soli (Pflanzen, Gebäude)[a]), als unbewegliche Sache den übrigen, die einer Ortsveränderung durch eigene Kraft (se moventia) oder fremde ohne Veränderung ihres Wesens fähig sind, bewegliche, res mobiles, moventes, gegenüber[b]). Die abgetheilten Stücke des Bodens, Grundstücke, praedia[c]), sind entweder praedia rustica oder urbana; der bestimmende Grund dieser Eintheilung ist entweder der Ort (Land und Stadt), oder die Art und Beschaffenheit der Grundstücke (für den Landbau geeignet oder nicht), hier ist jedes Gebäude für sich genommen ein praedium urbanum, während es als bloße Accession eines Landguts betrachtet insoweit dessen Natur annimmt, und so umgekehrt[d]).

---

gg) Dig. XLIII. 15: de ripa munienda.

a) L. 40 D. de A. E. V. (19, 1), L. 7 §. 10 L. 60 D. de adqu. dom. (41, 1).

b) L. 93 D. de V. S. (50, 16), L. 15 §. 2 D. de re iud. (42, 1) u. a. Wenn das Vermögen in bewegliches und unbewegliches eingetheilt wird, so ist bey den Rechten an Sachen auf den Gegenstand zu sehen. Von den Forderungen werden die mit einem Pfandrecht an Grundstücken versehenen zu dem unbeweglichen, die andern zu dem beweglichen Vermögen gerechnet, Besold, thesaur. pract. und Wehner, observ. pract. v. fahrende Hab.

c) Besondere Bezeichnungen: fundus, ein als Ganzes für sich behandeltes Grundstück; locus, Theil eines solchen; area, ein Platz ohne Gebäude; ager, ein solcher, wenn er zum Landbau bestimmt ist; aedes, städtisches Gebäude; villa, Gebäude auf Landgütern; superficies, das Gebäude ohne den Boden. L. 27 pr. 60. 115. 211 D. de V. S. (50, 16).

d) L. 198 D. de V. S. (50, 16), §. 1 I. de servit. (2, 3), L. 1 pr. D. comm. praed. (8, 4), L. 4 §. 1 D. in quib. caus. p. tac. (20, 2): Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ex numero

Eine andere natürliche Eigenschaft von rechtlicher Wirkung ist die individuelle Dauer, die manchen Sachen bey dem Gebrauch, für den sie bestimmt sind, abgeht, so daß sie dieser Gebrauch sofort verändert, aufhebt oder verringert (entweder überhaupt, wie Victualien, oder wenigstens für den Eigenthümer, wie das Geld), res quae usu consumuntur, vel minuuntur, res quae in absumtione, in abusu sunt, Consumtibilien, verbrauchbare Sachen[e]).

Ferner die individuelle Bedeutung. Es giebt Sachen, bey denen das Individuum als solches von keiner Bedeutung ist, weil die species, die zu demselben genus gehören, für den gewöhnlichen Gebrauch gleich sind (communi specie continentur), bey denen daher im gewöhnlichen Verkehr das Individuum (species) gegen die Quantität zurücktritt (daher res quae pondere, numero, mensura consistunt); man hat sie fungible Sachen genannt z. B. Geld, Getreide, Flüssigkeiten, unverarbeitetes Metall 2c. Diese Sachen lassen daher eine vollkommene Wiedererstattung in derselben Gattung zu (in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie), und die Forderung auf sie geht auf ein certum, wenn nur die Qualität und Quantität genau bestimmt ist, während bey andern Sachen auch noch die Bestimmung des Individuums dazu gehört[f]).

Productivität, Theilbarkeit, Pertinenzqualität.

§. 37.

Eine theils natürliche, theils juristische Eigenschaft der Sachen ist die Productivität, die Eigenschaft, wonach ein Gewinn aus der Sache bezogen werden kann. Dieser Gewinn, zu dem die Sache bestimmt ist, heißt Frucht, fructus rei, er kann 1) in organischen

---

habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt. — Praedia suburbana heißen die der Lage nach städtischen, der Beschaffenheit nach ländlichen. L. 16 C. de praed. min. (5, 71).

e) Vgl. Dig. VII. 5.

f) L. 2 §. 1 D. de reb. cred. (12, 1), L. 39 D. de solut. (46, 3), L. 74 D. de V. O. (45, 1). — Irrthümer: 1) Vermischung des Begriffs von Fungibilität und Consumtibilität; 2) Meinung, daß eine fungible Sache in allen Rechtsverhältnissen als solche genommen werden müsse; 3) Meinung, daß umgekehrt jede Sache als fungible genommen werden könne.

Erzeugnissen der Sache bestehen (natürliche Früchte), aber nur solche gelten im Recht als Früchte, zu deren Gewinnung die Sache bestimmt ist[a]); 2) in einer sonstigen Nutzung, welche die Sache abwirft, z. B. Pachtzins, Zinsen von Geld ꝛc. (juristische Früchte, s. g. fructus civiles), ebenfalls mit jener Einschränkung[b]), und so ist der Begriff von Frucht über die Sachen hinaus, auf Rechte erstreckt worden[c]). Bey den Früchten kommen folgende Momente zur Sprache: die Zeit ihrer Verbindung mit der Sache, fr. pendentes, ihre Trennung, fr. separati, ihr Bezug überhaupt, perceptio, und seine Möglichkeit, fr. percipiendi (§. 170 u. v.)[d]), ihre Besitzergreifung insonderheit, perceptio im eigentlichen Sinn[e]), Existenz bey dem Percipienten, fr. exstantes, Verbrauch oder Veräußerung, fr. consumti.

Eben so die Unterscheidung von Theilen und die Theilbarkeit[f]). Die Theile einer Sache können 1) körperliche seyn, die für

---

a) Daher nicht der partus ancillae. L. 27 pr. D. de H. P. (5, 3): — quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant. L. 17 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 68 D. de usufr. (7, 1), L. 10 §. 2. 3 D. de iure dot. (23, 3), L. 28 §. 1 D. de usur. (22, 1); nicht die Windbrüche. L. 7 §. 12 D. de sol. matr. (24, 3), L. 12 pr. D. de usufr. (7, 1).

b) L. 34 D. de usur. (22, 1), L. 49 eod: fructus rei est, vel pignori dare licere. L. 26 eod.: Iulianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

c) L. 4 §. 2 D. si serv. (8, 5), L. 19 §. 1 D. de usur. (22, 1). — Eine Darstellung der verschiedenen rechtlichen Schicksale der Früchte giebt G. E. Heimbach, die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten 1843. (Noch bedenklicher sind die Versuche, die Erzeugung im allgemeinsten Sinne auf ein Grundprincip zurückzuführen, z. B. v. Scheurl, Beitr. [1852] No. XI.: „Was durch Erzeugung entsteht, kommt in das Recht desjenigen, der es erzeugt hat, oder in dessen Recht sich die Person oder Sache befindet, von der es erzeugt ist," da das geschriebene Recht für die persönliche und sächliche, die natürliche und künstliche Erzeugung verschiedene Grundsätze aufstellt, §. 150. 154. 166. 439, deren Vereinigung selbst Scheurl's Combinationsgabe nicht gelungen seyn möchte. R.)

d) L. 33. 78 D. de R. V. (6, 1). (Irrthümer: 1) daß die Befugniß zur Perception Folge des juristischen Besitzes sey. Vgl. dagegen: Wächter, Erört. [1845] I. 3 S. 62—64. 2) daß zu den fr. percipiendi bloß die wirklich erzeugten und nur nicht bezogenen gehören: Vgl. Wächter a. a. O. S. 64—68. R.)

e) L. 13 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

f) L. 25 §. 1 D. de V. S. (50, 16): Quintus Mucius ait, partis appel-

sich und getrennt gedacht selbst Sachen sind, und diese können in einem dreifachen Verhältniß zum Ganzen stehen: a) körperlich getrennt und als Theile nur gedacht (so die Sachen, aus denen eine universitas rerum distantium — §. 35 — besteht), b) körperlich aber nicht wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, so daß sie ohne Veränderung ihres Wesens getrennt, und auch während der factischen Verbindung rechtlich als selbstständig behandelt werden können (z. B. einzelne Stellen eines Grundstücks, Steine eines Gebäudes), c) körperlich und wesentlich zusammenhängend, integrirende Theile, die nicht ohne wesentliche Veränderung ihrer Natur getrennt, und daher auch während der Verbindung nicht als selbstständige Sachen behandelt werden können (z. B. die Glieder eines Organismus, das Haus, die Pflanze als Theile des Bodens)[g]. 2) Intellectuelle Theile, die nur gedacht werden (quote Theile), und die dadurch entstehen, daß Mehreren eine Sache gemeinschaftlich zugehört, jedem zu einem Theil, der aber nicht körperlich an der Sache sich darstellt (pro indiviso)[h]. Der Begriff der Theilbarkeit bezieht sich entweder auf die körperlichen Theile, und enthält die Möglichkeit, sie als selbstständige Sachen zu behandeln, oder auf die ideellen, und enthält die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Berechtigung.

Es kann aber auch eine Sache die Bestimmung haben, als Theil einer andern behandelt zu werden, ohne dieses wirklich zu seyn, man nennt sie Pertinenz, Zubehör[i]. Die Pertinenzqualität,

---

latione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. (Vgl. Wächter, über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte: Archiv für die civ. Praxis XXVII. 4 [1844]. R.)

g) L. 40 D. de A. E. V. (19, 1): arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1), L. 6 §. 1 D. comm. praed. (8, 4).

h) L. 5 D. de stip. serv. (45, 3). — Theil kann eine doppelte (objective und subjective) Bedeutung haben 1) Bestandtheil, Theile, aus denen die Sache besteht, dieß sind immer körperliche, 2) Antheile, Theile, welche Personen an der Sache haben. Diese letztern können körperliche seyn (die Sache gehört Mehreren pro diviso), und unkörperliche (die Sache gehört ihnen pro indiviso, res eorum communis est). Eben so lassen sich auch bey einem Recht Bestandtheile (Befugnisse, aus denen es besteht) und Antheile unterscheiden.

i) L. 13 §. 31 D. de A. E. V. (19, 1): Aedibus distractis vel legatis

nach welcher sich die Frage entscheidet, ob in der Veräußerung oder dem Vermächtniß einer Sache stillschweigend auch eine gewisse andere Sache begriffen sey, beruht auf folgenden Momenten 1) auf der totalen Bestimmung einer Sache für den Gebrauch einer bestimmten andern, 2) auf der Beständigkeit, 3) auf der wirklichen Realisirung dieser Bestimmung[k]).

Alle diese Eigenschaften sind Verhältnisse einer Sache zu andern. Das Verhältniß zweier äußerlich oder innerlich verbundener Sachen kann 1) ein gleiches seyn (so z. B. das der Theile einer Sache unter einander), 2) das Accessionsverhältniß, das darin besteht, daß die eine Sache, in einer gewissen Beziehung wenigstens, als Attribut der andern (der Hauptsache) betrachtet wird, von ihr abhängig ist, und ihr Schicksal theilt. Solche Accessionen sind Früchte, Theile, Pertinenzen. Die Frage, welcher von zwey Sachen, die in diesem Verhältniß stehen, die Eigenschaft der Accession zukomme, entscheidet sich nicht nach dem Werth, sondern nach der Bestimmung, die ihr gegeben ist, oder auch nach der natürlichen Abhängigkeit der einen von der andern[l]). Das Accessionsverhältniß ist übrigens nicht bloß ein Verhältniß von Sachen, es findet auch bey Rechten Statt.

---

ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur. — L. 17. 18 eod. L. 47—49 D. de contr. emt. (18, 1), L. 52 §. 7 L. 91 §. 5. 6 D. de leg. III (32), L. 12 §. 25 L. 20 §. 7 L. 21. 26 D. de instr. leg. (33, 7). — Ueber die einzelnen im römischen Recht entschiedenen Fälle vgl. Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827 (vgl. Puchta, Erlanger Jahrb. IX S. 18 ff.) S. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I S. 330 ff.

k) Diese Principien sind maßgebend, nicht das Wörtliche der einzelnen Entscheidungen, die sich im römischen Recht vorfinden, und auf welche Sitte und Lebensart einen bestimmenden Einfluß äußert.

l) L. 19 §. 13. 15. 20 L. 20. 29 §. 1 D. de auro argento (34, 2), L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (41, 1): — omne quod inaedificatur, solo cedit. — In Ermangelung eines andern Grundes hat Cassius es unmittelbar von der Größe oder dem Werth abhängen lassen wollen. L. 27 §. 2 eod. Noch bedenklicher ist das Princip des Paulus L. 23 §. 3 D. de R. V. (6, 1): — necesse est ei rei cedi quod sine illa esse non potest, was dahin führen würde, z. B. das Schiff als Accession der Nägel und Klammern zu betrachten, wie es denn ihn selbst a. a. O. zu einer, wenn auch nicht dem Schein, doch der Sache nach nicht weniger verkehrten Behauptung verleitet hat.

Werth.

§. 38.

Der Werth, theils Gebrauchs-, theils Tauschwerth [a]), ist eine Eigenschaft der Sachen, die wie öconomisch, so auch juristisch von Wichtigkeit ist. Tauschwerth ist die Möglichkeit andere Güter dafür zu erhalten, und seine Größe bestimmt sich durch den Umfang dieser Güter, die gegen die Sache eingetauscht werden können. Er kommt juristisch nicht bloß bey den Verhältnissen, die auf den Umsatz der Güter berechnet sind, zur Sprache (hier heißt der Tauschwerth Preis), sondern auch als der Gegenstand, in welchen eine Leistung unwillkührlich dadurch übergeht, daß ihr individueller Gegenstand nicht hergestellt oder nicht erzwungen werden kann (hier heißt der Tauschwerth Aestimation). In beiderley Hinsicht kommt er nicht bloß bey Sachen, sondern auch bey andern Vermögensgegenständen in Frage.

Es ist eine Sache durch die in Verkehr mit einander Stehenden aufgestellt worden, die unter ihnen als allgemeines Tausch- und Zahlungsmittel (als Preis und Aestimation für alle Güter) gilt, und daher alle andern Vermögensgegenstände von Seiten ihres Tauschwerthes darstellt und ausdrückt: das Geld; dieß ist das edle Metall, namentlich Gold und Silber. Es hat die Eigenschaft des Geldes in einer Form, die ihm, um den Werth des einzelnen Stückes zu beglaubigen, unter öffentlicher Autorität gegeben ist, als Münze [b]).

Es besteht 1) eine Differenz zwischen dem Gewicht der

---

a) Hermann, Staatswirthschaftl. Untersuchungen S. 4. 66 ff.

b) L. 1 pr. D. de contr. emt. (18, 1): — olim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. In dieser Stelle ist nur die eine Seite des Gelds, allgemeines Tauschmittel zu seyn, betrachtet, nicht die andere, des allgemeinen Zahlungsmittels. Diese letztere wird berücksichtigt in L. 9 §. 2 D. de statulib. (§. 220 Note i.)

Münze und einer gleich großen Masse feinen Metalls, weil die Münzen aus verschiedenen Gründen einen Zusatz von unedlem Metall erhalten, das Verhältniß des feinen zu dem groben Metall in einem Stück heißt das Korn der Münze; 2) eine Differenz zwischen dem Metallwerth und dem Geldwerth des Stücks, denn die Münze muß einen größeren Werth haben als ein gleich großes Stück Metall, weil die Prägungskosten dazu zu schlagen sind, die verwendet werden müssen, um den Vortheil sofortiger Beglaubigung des Werthes zu haben[c]).

Der Werth der Münze als Geld hängt von ihrem Feingehalt ab[d]). Dieser bestimmt sich nach der Menge der Münzen, die aus einer gewissen Quantität feinen Metalls z. B. einer Mark feinen Silbers geprägt werden (Münzfuß).

Münzen können bey Rechtsverhältnissen vorkommen 1) als Individuen, so beim Eigenthum, beim Commodatum, bey dem Depositum; 2) als Quantitäten, dieß ist die häufigste Art ihrer Behandlung. Hier aber können sie wieder entweder a) als Waare genommen werden, so bey dem Geldwechsel, oder b) als Preis und als Zahlungsmittel, dieß ist der Fall, in welchem sie eigentlich als Geld fungiren. Sie stellen hier Summen dar, die Summe aber wird bezeichnet durch die Rechnungsmünzen und deren Verhältniß zum feinen unverarbeiteten Silber (Thaler, Gulden ꝛc., von denen so und so viel auf eine feine Mark gehen), Rechnungsmünzen, die selbst in einzelnen Stücken ausgeprägt (also zugleich geprägte Münzen) seyn können, oder nicht.

Daraus ergiebt sich, daß, wer Geld schuldet, so viel Münzen geben muß, als ihrem Gehalt nach die geschuldete Summe darstellen. Ist zwischen der Entstehung der Forderung und ihrer Zahlung eine Veränderung des Münzfußes eingetreten, so verändert sich damit natürlich auch die Quantität der zu zahlenden Münzen (nicht die Summe)[e]), während die bloße Veränderung

---

c) Dieß schließt natürlich nicht aus, daß der Werth der Münze sich dessenungeachtet nach ihrem Verhältniß zu dem edeln Metall richtet, das sie enthält.

d) Nicht von ihrem Korn (welches nur auf ihren Werth als Waare einen Einfluß haben kann, in Beziehung auf ihre sonstige Verwendbarkeit): eine gewisse Masse Silber bleibt dieselbe, mag eine größere oder kleinere Masse Kupfer noch überdieß hinzugekommen seyn.

e) Ist Jemand 24 Gulden schuldig geworden zu einer Zeit, wo 24 Gul-

des Tauschwerths des Geldes (d. h. sein Verhältniß zu den Waaren, die dafür zu bekommen sind) keinen Einfluß hat.

Die Münzsorte, in der die Zahlung geschieht, kann, wenn sie nicht bestimmt ist, der Schuldner wählen[f]); dieß hat aber eine Gränze in Beziehung auf die Scheidemünze. Diese, welche nach einem geringeren Münzfuß geprägt ist, muß zu ihrem Nennwerth angenommen werden, soweit sie wirklich als Scheidemünze, also für Summen gebraucht wird, die sich in gröberen Münzsorten nicht darstellen lassen, außerdem nur nach ihrem wirklichen Feingehalt, aber es ist überdieß festgesetzt, daß größere Summen überhaupt nicht in Scheidemünze angenommen zu werden brauchen[g]). Ist die Münzsorte bestimmt[h]), und sie ist zur Zeit der Zahlung nicht mehr zu bekommen, so ist, wenn nicht die Parteien sich über eine andere verständigen oder durch Rechtsvorschrift eine jetzt im Cours befindliche mit jener verschwundenen

---

den auf die feine Mark gingen, so beträgt diese Summe 24½ Gulden, von denen 24½ Gulden aus der feinen Mark geprägt werden.

f) Eine sich von selbst verstehende Beschränkung enthält L. 24 §. 1 D. de pign. act. (13, 7): — reproba pecunia non liberat solventem —.

g) R. A. 1576 §. 76: — „daß niemand in den Zahlungen über 25 Gülden an halben Batzen oder andern kleinen Sorten für Wehrschafft anzunehmen schuldig seyn, noch viel weniger von der Obrigkeit dasselbig gebilliget werden soll: Sondern da jemand betretten, der seinen Gläubigern größere Zahlung mit kleinen Sorten aufzudringen unterstunde, derselbig soll auch mit Confiscirung derselben Müntzen unnachläßlich gestrafft werden." Auf seine wahren Gränzen ist der Gebrauch der Scheidemünzen zurückgeführt in dem Gesetz über die Münzverfassung in den preuß. Staaten, vom 30. September 1821 §. 7: — „Zahlungen, die mit ganzen, Drittel- und Sechstel-Thalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet, in Silbergroschen anzunehmen" —. Derselbe Grundsatz ist festgestellt in der Allgemeinen Münzconvention der zum Zoll- und Handelsverein verbundenen Staaten, vom 30. Juli 1838 Artikel 12: — „Sämmtliche Staaten — werden nach Thunlichkeit darauf hinwirken, daß die gegenwärtig im Umlauf befindliche Scheidemünze auf jenes Maß zurückgeführt, und sodann Niemand genöthigt werde, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen."

h) L. 99 D. de solut. (46, 3): Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Statt debitorem hat die Vulgata creditorem, und damit stimmen die Basiliken überein. (Savigny, Obl. Recht I [1851] S. 470. R.)

identificirt ist[i]), dem Gläubiger der Feingehalt jener Münze, mit Hinzurechnung der Differenz dieses Feingehalts, sofern er in der geprägten Münze enthalten war, von dem unverarbeiteten Silber, zuzusprechen[k]).

B. Familienrecht.

§. 39.

Das Familienrecht bestimmt die Verhältnisse, in welchen der Mensch als Glied der Familie, der auf Geschlechtsvereinigung und Erzeugung beruhenden und von der in diesen Thatsachen wurzelnden Liebe beseelten Verbindung, steht, und macht sie, soweit sie dieser juristischen Gestaltung fähig sind, zu Rechtsverhältnissen. Die Familienverhältnisse sind theils specielle: die Ehe und das elterliche und Kindesverhältniß, theils die allgemeinen der Verwandtschaft und Verschwägerung. Die Begriffe der letzteren sind hier in ihrer rechtlichen Gestalt darzustellen[a]).

§. 40.

Die natürliche Verwandtschaft, Blutsverwandtschaft, cognatio, ist das auf der Zeugung und dadurch entstandenen Gemein-

---

i) Dieß wird gewöhnlich der Fall seyn, wenn in Folge einer Veränderung des Münzfußes eine Münzsorte unter demselben Namen wie die ältere, aber mit verschiedenem Gehalt geprägt wird. Diese Identität betrifft übrigens natürlich nur die Frage nach der Münzsorte, nicht die Frage nach der Quantität der zu gebenden Stücke, s. Note e.

k) Wegen anderer abweichender Ansichten, wobey es häufig an einer richtigen Vorstellung von dem Begriff des Geldes, aus dem allein eine wahre Entscheidung dieser Fragen möglich ist, zu fehlen scheint, s. Glück, Comment. XII §. 783, Mühlenbruch, Lehrbuch §. 375, Vangerow, Leitfaden §. 68. (Eine dieser abweichenden Ansichten, welche den Courswerth als Inhalt einer Geldschuld aus dem Wesen des Geldes ableitet, ist jedoch jetzt auf das Ueberzeugendste vertheidigt von Savigny, Obligationsrecht I [1851] S. 403—508, §. 40—49. Die im Text versuchte Vertretung des Metallwerthes paßt nur auf Darlehen, giebt keine Regel für das Papiergeld und beruht auf einer Verwechselung des Verhältnisses des Geldes zum Preise der Waaren und des feinen Silbers. [Vgl. dagegen Savigny, S. 478. 479.] Die noch verwerflichere Theorie vom Nennwerth, zu der sich die älteren Juristen bekannten, [ihr neuster Vertheidiger Souchay, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. IX (1851) No. 12, setzt wenigstens erhebliche Beschränkungen hinzu] behandelt gar jede Geldschuld so, als ob mit dem Nennwerth zugleich die Vorschrift eines Zwangscourses verbunden wäre, und als ob eine solche außerordentliche Maßregel über die Gränzen des Staats hinaus wirken könnte. R.)

a) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 194—196.

schaft des Bluts beruhende Verhältniß, der Inbegriff der Cognaten ist die Familie im natürlichen Sinn[b]). Die juristischen Wirkungen bestimmen sich theils 1) nach der Art der Verwandtschaft: a) Verwandtschaft in gerader Linie (linea recta), Verwandtschaft der unmittelbar oder mittelbar von einander abstammenden Personen (der Descendenten und Ascendenten); b) Verwandtschaft in der Seitenlinie (linea transversa), der Personen, die ohne von einander abzustammen, durch unmittelbare oder mittelbare Abstammung von einem ihnen gemeinschaftlichen Erzeuger verbunden sind (Seitenverwandte, Collateralen), unter denen die unmittelbar von dem gemeinsamen Stamm erzeugten: die Geschwister (die vollbürtigen: von demselben Vater und von derselben Mutter, die halbbürtigen: bloß von demselben Vater, consanguinei, oder bloß von derselben Mutter, uterini)[c]) ausgezeichnet sind[d]); — theils 2) nach dem Grad der Verwandtschaft, d. i. der Nähe und Ferne derselben, die sich nach der Zahl der Zeugungen bestimmt, welche die Verwandtschaft vermitteln, und von denen nach römischer Berechnung jede einen Grad bildet. — Es läßt sich denken, daß zwischen zwey Personen der Grund der Verwandtschaft mehrmals eintritt (daß sie durch mehrere — gerade oder Seiten- — Linien verbunden sind), dieß ist die mehrfache Verwandtschaft[e]).

§. 41.

Der Grund der Cognation ist schlechthin nur die Zeugung, aber diese muß gewiß seyn. Hinsichtlich des Vaters ist eine natürliche Gewißheit der Regel nach nicht möglich, sie wird vertreten durch die Rechtsregel: pater est quem nuptiae demonstrant[f]). Wird die Vaterschaft des Ehemanns der Mutter bestritten, so ist

---

b) L. 195 §. 4 D. de V. S. (50, 16). Vgl. überhaupt Inst. III. 6: de gradibus cognationum. Dig. XXXVIII. 10: de gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

c) Hugo, civ. Magazin IV. 7. 16.

d) Noch ein ausgezeichnetes Verhältniß der Seitenlinie, obwohl von weit geringerer Bedeutung als jenes, ist das dem älterlichen ähnliche und daher respectus parentelae genannte der Personen, von denen die eine unmittelbar von dem ihnen gemeinsamen Erzeuger, die andere nur mittelbar abstammt, §. 5 I. de nupt. (1, 10).

e) L. 10 §. 14 D. de gradib. (38, 10). Vgl. Hugo a. a. O.

f) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4).

diese Regel nur eine Präsumtion, welche den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt [g]), und sie setzt dann überdieß voraus, 1) daß die Geburt wenigstens sechs Monate nach Eingehung der Ehe [h]), 2) daß sie nicht später als zehn Monate nach Auflösung derselben erfolgt sey [i]). Damit also eine Verwandtschaft durch Mannspersonen juristisch wirksam sey, ist eine Begründung derselben durch eheliche Zeugungen erforderlich, uneheliche Kinder haben keinen Vater und mithin keine väterlichen Verwandten [k]). Bey

g) L. 6 D. de his qui sui (1, 6), L. 1 §. 14 D. de agnosc. lib. (25, 3). Vgl. L. 29 §. 1 D. de probat. (22, 3), L. 11 §. 9 D. ad L. Jul. de adult. (48, 5).

h) L. 12 D. de statu hom. (1, 5), L. 3 §. 12 D. de suis et leg. (38, 16).

i) L. 3 §. 11 eod. L. 4 C. de postum. (6, 29). Präsumtion der Ehe, Nov. 117 c. 2.

k) Modificationen dieses Grundsatzes, und zwar 1) vollkommene a) für die Legitimirten, b) für die in einer putativen Ehe Erzeugten, cap. 2. 8. 11. 14. 15 X qui filii sint legitimi (4, 17); 2) unvollkommene a) für naturales liberi (im Concubinat Erzeugte), in Beziehung auf Alimentation, Legitimation, Erbrecht, was die Praxis auf andere (nur nicht durch ein Verbrechen erzeugte) uneheliche Kinder anwendet, da der Concubinat keine gesetzliche Zulassung mehr vor andern außerehelichen Geschlechtsvereinigungen voraushat, doch muß eine Anerkennung des Kindes von Seiten des Vaters vorliegen; diese Ausnahme von der Regel ist auch dadurch eine unvollkommene, daß sie nur hinsichtlich des Vaters, nicht der väterlichen Verwandten gilt; b) die Eheverbote wegen Verwandtschaft sind auch für uneheliche Kinder wirksam, L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2); c) die Praxis hat eine Alimentationspflicht des unehelichen Vaters angenommen (§. 316), die von seiner Anerkennung unabhängig ist; auch hier ist die Beschränkung auf den Vater zu behaupten. — In Beziehung auf Brautkinder ist es streitig, ob und welche Ausnahme sie von der Regel der unehelichen Kinder machen. Früher behauptete man (nach den Principien des älteren canonischen Rechts), das Verhältniß werde durch den Beischlaf in eine wirkliche Ehe verwandelt, hiernach wären die Kinder eheliche. Diese Meinung ist längst aufgegeben. Nachher entstand die Ansicht, daß bey grundloser Weigerung des Bräutigams die Ehe in contumaciam als geschlossen in Beziehung auf die civilrechtlichen Wirkungen zu erklären sey; diese Ansicht stellt die Kinder vollkommen den ehelichen gleich, setzt aber ein richterliches Urtheil voraus, Böhmer, J. E. P. IV. 3, 49. 50; vgl. Glück, Comment. XXIII S. 90 ff. Eine dritte Ansicht ist, den Brautkindern, wenn die Ehe bloß wegen Todes oder grundloser Weigerung des Bräutigams nicht erfolgt, die Rechte der ehelichen ipso iure, aber nur gegenüber dem Vater, nicht den väterlichen Verwandten, zuzuerkennen. Glück, Intestaterbf. §. 155.

einer Verwandtschaft durch Frauenspersonen ist die uneheliche Zeugung kein Hinderniß, sie steht der ehelichen gleich[l]).

§. 42.

Neben der natürlichen Verwandtschaft steht eine juristische, auf einer rechtlichen Thatsache beruhende: 1) die agnatio (civilis cognatio), deren Grund die väterliche Gewalt ist; die Agnaten, d. i. die Personen, welche in derselben Gewalt stehen oder stünden, wenn das sie verbindende Haupt noch lebte, bilden die Familie des Jus civile[m]). Nur eine Verwandtschaft durch Mannspersonen kann Agnation seyn[n]), weil nur solche die väterliche Gewalt haben können, aber nicht jede ist es. Wie die väterliche Gewalt, so kann auch die Agnation unter Personen bestehen, die nicht natürlich verwandt sind[o]), doch haben alle Agnaten zugleich die Rechte der Cognaten[p]). Die Agnation einer Person wird aufgehoben durch capitis deminutio derselben[q]). 2) Die cognatio spiritualis, durch Mitwirkung bey der Taufe (und Firmelung) begründet, im justinianischen Recht angedeutet[r]), im canonischen Recht ausgebildet, von höchst beschränkter Wirkung.

§. 43.

Ein zweites allgemeines Familienverhältniß außer der Verwandtschaft ist der Ansatz, den die Familie durch die Ehe in der

---

l) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4), L. 29 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2), L. 2. 8 D. unde cogn. (38, 8), vgl. L. 5 C. ad S. C. Orphit. (6, 57). Doch gilt dieß nur von den naturales liberi, aus einer auf die Dauer geschlossenen außerehelichen Geschlechtsverbindung mit Einem, von den spurii, aus einer vorübergehenden Geschlechtsverbindung mit Einem, von den vulgo quaesiti, von einer Hure geborenen Kindern, nicht von den Kindern, deren Erzeugung ein Verbrechen ist, ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis (ex damnato coitu procreati, incestuosi und adulterini), deren Verhältniß auch zur Mutter ignorirt werden soll. Diese (allerdings theilweise oder ganz angefochtene, vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XXXV S. 158—160) Ansicht, die durch ein sittliches Gefühl getragen wird, ist aus Nov. 89 c. 15 verbunden mit L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5) geflossen.

m) L. 195. 196 D. de V. S. (50, 16).

n) L. 4 D. unde cogn. (38, 8).

o) Im neuesten Recht ist die Agnation gerade nur noch für diesen Fall (der Adoptivverwandtschaft) von Bedeutung.

p) L. 1 §. 4 D. unde cogn. (38, 8), L. 4 §. 2 D. de gradib. (38, 10).

q) §. 3 I. de leg. agn. tut. (1, 15), L. 4 D. de suis et legit. (38, 16).

r) L. 26 C. de nupt. (5, 4).

Verschwägerung, adfinitas, erhält. Adfinitas ist die (Cognaten-) Familie des einen Ehegatten für den andern. Der Ehegatte und seine Cognaten (nicht seine Agnaten als solche) sind adfines des andern Gatten [s]). Auch bey der Affinität läßt sich die gerade Linie (Verhältniß zu den Descendenten — Stiefverwandtschaft — und Ascendenten des andern Gatten — Schwiegerverwandtschaft —) und die Seitenlinie (Verhältniß zu den Collateralen des andern Gatten — Schwägerschaft) unterscheiden [t]). Die Affinitas endigt sich mit der Ehe, die sie begründet [u]), aber gewisse Wirkungen hat auch eine ehemalige Affinität.

C. Gegenseitige Einwirkung von Vermögens- und Familienrecht.

§. 44.

Die Stellung des Menschen in der Familie hat auch auf seine Vermögensverhältnisse Einfluß, und mit den Familienverhältnissen verbinden sich eigenthümliche Vermögensverhältnisse. So geht neben der Ehe und neben dem elterlichen Verhältniß ein besonderes Vermögensrecht her, und die vornehmste juristische Wirkung der Verwandtschaft ist die Erbfolge, der Eintritt in das hinterlassene Vermögen eines verstorbenen Verwandten. So bilden also Vermögensrecht und Familienrecht zwey Kreise, die sich vielfachst berühren.

D. Einfluß der öffentlichen und kirchlichen Stellung der Person auf das Privatrecht.

§. 45.

Die reine Entwickelung des Privatrechts strebt dahin, die Eigenschaft des Menschen als Subject von Privatrechtsverhältnissen unabhängig zu machen von seiner Stellung im Staat und

s) L. 4 §. 3. 8. 10 D. de gradib. (38, 10), L. 14 §. 3, L. 34 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 C. de nupt. (5, 4). Das canonische Recht hat den Begriff der Affinität für die Wirkung des Ehehindernisses mannigfach erweitert. — Analoges Verhältniß durch Sponsalien L. 6 §. 1, L. 8 D de gradib.

t) Grade giebt es nicht, L. 4 §. 5 D. de gradib., weil es immer nur Eine Ehe ist, welche die Affinität begründet, doch wird die Affinität eine nähere oder entferntere, jenachdem es die Verwandtschaft des Verschwägerten mit dem andern Gatten ist. L. 10 pr. eod., L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10).

u) L. 3 §. 1 D. de postul. (3, 1).

in der Kirche. Dieß ist denn auch schon die Regel des justinianischen Rechts[a]), noch mehr des heutigen[b]).

Von den Beziehungen des Menschen zum Staat und den mit diesem gleichartigen engern Vereinen (Gemeinden) sind als die allgemeinsten hervorzuheben 1) das Verhältniß zu dem Staat oder der Gemeinde als Gesammtheit von Personen (cives): Mitgliedschaft (Staats- oder Gemeinde-Bürgerrecht) oder Nichtmitgliedschaft[c]). Das gemeine Recht zuerkennt diesem Unterschied keinen Einfluß auf die Privatrechte. 2) Das Verhältniß zu dem Territorium des Staats oder einer Gemeinde (incola), Domicilium[d]). Domicilium ist der dauernde örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit einer Person[e]), und darin liegt zugleich der Grund seines Einflusses auf das Privatrecht. Es entsteht entweder durch den in Ausführung gebrachten Willen der Person (freiwilliges Dom.)[f]), oder durch rechtliche Vorschrift (dom. necessarium)[g]).

---

a) Ausnahmen 1) in Beziehung auf die politische Stellung: Unfähigkeit der Ausländer (barbari) zu einzelnen Privatrechtsverhältnissen, Bevorzugung gewisser politischer Stände; 2) in Beziehung auf die kirchliche Stellung: Zurücksetzung der Nichtchristen und nicht rechtgläubigen Christen. Cod. I. 5. 7. 9–11.

b) Von den römischen Ausnahmen sind übrig geblieben das Verbot der Ehe zwischen Juden und Christen, und einige Begünstigungen gewisser Stände. In Beziehung auf Fremde s. noch Wächter, Arch. für civ. Pr. XXV S. 181.

c) L. 7 C. de incol. (10, 39): Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit. —

d) D. L. 1: ad municipalem et de incolis. Cod. X. 39: de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in aliena civitate degunt. (Savigny, System VIII §. 350—359. R.)

e) L. 203 D. de V. S. (50, 16), L. 7 C. h. t. (10, 39), L. 27 §. 1 D. h. t. (50, 1). Irrelevanz des Grundbesitzes, L 17 §. 5. 13 D. eod., L. 4 C. h. t., des Aufenthalts, L. 22 §. 6, L. 27 §. 3 D. h. t., L. 2 C. h. t. Mehrfaches Domicilium, L. 5. 6 §. 2 D. h. t. Personen ohne Domicilium, L. 27 §. 2 eod.

f) L. 20. 27 §. 2, L. 31 eod.

g) Für die Beamten, L. 22 §. 6 eod. L. 8 C. h. t. (10, 39), L. 11 D. de senat. (1, 9). Soldaten, L. 23 §. 1 D. h. t.: miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat. Ehefrauen, L. 22 §. 1 eod. L. ult. C. h. t. Kinder, L. 22 pr. D. h. t. An einen bestimmten Ort Verwiesene, L. 22 §. 3 eod.

II. Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand.

§. 46.

Die Rechte erhalten ihren Inhalt zum Theil durch den menschlichen Willen, dieß ist ihre freie Seite, nur daß auch diese freie Bestimmung nicht von dem Einfluß, den die Stellung der Person und das Bedürfniß auf sie ausübt, entbunden ist, zum Theil aber durch den Gegenstand des rechtlichen Willens, dieß ist die nothwendige und logische Seite der Rechte[a]). Die Gegenstände der Rechte sind Sachen, Handlungen, Personen, die ersten beiden durchaus außerhalb dem Berechtigten, die dritten lassen sich in und außer dem Berechtigten denken. Dadurch entstehen 5 Classen von Rechten:

1) Rechte an der eigenen Person: Recht der Persönlichkeit und des Besitzes.

2) Rechte an Sachen: Eigenthum und Rechte an fremden Sachen.

3) Rechte an Handlungen: Obligationen.

4) Rechte an Personen außer dem Berechtigten: Eheliches Recht, elterliches Recht, Kindesrecht.

5) Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind und von ihm repräsentirt werden: Erbrecht und andere Rechte an Vermögen[b]).

---

a) Es ist z. B. etwas Logisches, daß die Rechte an Sachen eine andere Natur haben als Rechte an Handlungen, und unter jenen wieder Servituten eine andere als das Pfandrecht. Keine logische Nothwendigkeit liegt dagegen in der Verschiedenheit der Servituten unter einander, ebenso in der Verschiedenheit der einzelnen Obligationen, nur daß diese Verschiedenheit, wenn sie einmal gesetzt ist, die Mutter von logischen Nothwendigkeiten werden kann.

b) Vgl. Puchta, Cursus der Instit. II §. 207. (Ueber die Berechtigung dieser Klassification vgl. Rudorff zu Puchta Vorles. §. 46 Anm. 1 in der vierten Ausgabe. R.)

Drittes Kapitel.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

I. Allgemeines.

§. 47.

Die Existenz eines Rechts setzt ein berechtigtes Subject voraus. Jede Entstehung eines Rechts ist daher Erwerb desselben durch eine Person, jede Endigung Verlust von Seiten des Berechtigten. Ein Recht kann entstanden, und seine Wirkung ganz oder theilweise noch aufgeschoben seyn, umgekehrt kann seine Wirkung nie vor seiner Entstehung eintreten[a]). Ebenso kann seine Wirksamkeit nicht fortdauern, wenn es aufgehoben ist, und umgekehrt ist ein Recht stets aufgehoben, wenn ihm seine Wirkung durch das entgegenstehende Recht eines Andern vollständig entzogen ist[b]). Der Erwerb kann so geschehen, daß mit ihm das Recht auch überhaupt erst entsteht (absolute Entstehung), oder so, daß ein bisher schon, nur bey einer andern Person, bestehendes Recht erworben wird (relative Entstehung: in der Person des Erwerbers). Ebenso kann der Verlust ein absoluter Untergang des Rechts, oder nur ein relativer, für den jetzigen Berechtigten seyn, während das Recht auf einen Andern übergeht. Diese Unterscheidung fällt zum Theil, aber nicht vollständig mit folgender zusammen.

Die Erwerbung kann 1) unabhängig von dem Recht eines Andern seyn, originärer Erwerb; 2) abhängig von dem Recht eines Andern, so daß dieses die Quelle, dieser der Urheber (auctor) des erworbenen Rechts ist, abgeleiteter, derivativer Erwerb, welcher daher durch das Recht des Auctors bedingt ist[c]). Hier sind zwey

a) Eine Modification dieses Grundsatzes ist möglich, wenn die Erfordernisse für die Entstehung eines Rechts theilweise schon vorhanden sind, aber sein vollkommenes Daseyn (also nicht bloß seine Wirkung) noch, namentlich durch eine Bedingung, suspendirt ist. Ein solches wird berücksichtigt, wo es sich um Sicherung desselben handelt. So z. B. L. 40 D. ad L. Aquil. (9, 2). Darauf bezieht sich die Eintheilung in gegenwärtige und zukünftige Rechte.

b) Z. B. L. 66 D. de R. I. (50, 17): Desinit debitor esse is qui nactus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

c) L. 175 §. 1 D. de R. I. (50, 17): non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit. L. 177 pr. eod.

Fälle möglich: a) das erworbene Recht ist ein neues, aus einem Bestandtheil des Rechts des Auctors gebildetes, der Erwerb enthält für diesen nur einen theilweisen Verlust, eine Beschränkung seines Rechts, b) es ist dasselbe Recht, wie es der Auctor hatte, welches auf den Erwerber übergeht. Der Erwerber tritt hier in die Stelle des bisher Berechtigten ein, dieß ist der Erwerb durch Succession[d]). Succession ist der Eintritt in das Recht eines Andern vermöge eines juristischen Verhältnisses, das zwischen beiden besteht, und den Uebergang des Rechts begründet. Dieses Verhältniß bezieht sich entweder lediglich auf einzelne Rechte, welche vermöge desselben übergehen sollen: Singularsuccession (in singulas res succedere), oder auf die Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten, mithin auf den Uebergang einer Gesammtheit von Rechten: Universalsuccession (in universum ius succedere, die einzelnen Rechte gehen mit und durch die Gesammtheit über, per universitatem transeunt, per universitatem successio)[e]).

§. 48.

Die Thatsachen, mit denen das Recht die Wirkung des Erwerbes oder Verlustes von Rechten verknüpft, sind für die verschiedenen Classen von Rechten verschieden bestimmt[f]). Ein wichtiger Unterschied ist, ob der Erwerb durch eine Handlung des Erwerbers vermittelt werden muß, oder ob er einer solchen nicht bedarf (ipso iure geschieht, s. g. adquisitio immediata). So ist auch die Endigung des Rechts entweder an eine Handlung des Berechtigten geknüpft, oder davon unabhängig. Dort kann eine Handlung unwillkürlich diese Folge haben (ein solcher Verlust als Folge einer unerlaubten Handlung heißt Verwirkung), oder es wird die Absicht des Berechtigten, das Recht aufzugeben, vorausgesetzt. Jeder Verlust, der in der Absicht des Berechtigten seinen Grund hat, heißt

---

d) Vgl. Savigny, System III §. 105.

e) Nur bey der Singularsuccession steht der bisherige Berechtigte dem Erwerber noch abgesondert als eine unabhängige Person gegenüber, daher wird ihm für diesen Fall vornämlich der Name auctor beigelegt, vgl. Puchta, Cursus der Instit. II §. 198 Note c.

f) Für eine ganz allgemeine Endigungsart von Rechten hat man die Nichtausübung während einer gewissen Zeit gehalten, von welcher Regel dann nur einzelne Rechte eine Ausnahme machen sollten, die man res merae facultatis nannte. Die Sache verhält sich in der That umgekehrt.

Veräußerung, alienatio[g]); Verzicht, renuntiatio, heißt sie, wenn sie ohne Uebertragung des Rechts auf einen Andern geschieht[h]).

Die wichtigsten der Thatsachen, welche als Entstehungs- und Endigungsgründe von Rechten vorkommen, sind Handlung und Zeit, deren allgemeine Rechtstheorie hier darzustellen ist.

II. Handlungen als Entstehungs- und Endigungsarten von Rechten[a]).

§. 49.

Juristische Handlungen heißen die, welchen als solchen eine rechtliche Wirkung zukommt. Diese Wirkung kann in einem doppelten Verhältniß zur Handlung, und insbesondere zur Absicht des Handelnden stehen: 1) sie liegt in seiner Absicht und setzt diese voraus; solche juristische Handlungen, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung geht, heißen Rechtsgeschäfte; 2) sie ist von der Absicht des Handelnden unabhängig, also eine unwillkürliche Folge der Handlung. Dieß ist möglich a) bey Rechtsgeschäften, sofern diese außer ihrer beabsichtigten Wirkung noch eine andere haben können, die der Handelnde nicht beabsichtigt zu haben braucht; stets aber ist es der Fall b) bey den unerlaubten, rechtswidrigen Handlungen, deren rechtliche Wirkungen durchweg unabhängig von dem Willen des Handelnden eintreten.

Die Erfordernisse einer juristischen Handlung sind: 1) Wil-

g) Ja sogar die Fälle werden herbeigezogen, wo diese Absicht nicht der unmittelbare Grund, sondern nur die mittelbare Ursache des Verlustes war, der ohne sie in dem vorliegenden Fall nicht eingetreten wäre. L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16): Alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutes —.

h) Der Verzicht nimmt bey den verschiedenen Rechten verschiedene Gestalten an. Darnach bestimmt sich namentlich, ob eine einseitige Handlung dazu hinreicht, oder ein Vertrag nöthig ist. Solche einzelne Gestalten des Verzichts sind: Dereliction des Eigenthums, des Nießbrauchs, Erlaßvertrag, Repudiation des Erbrechts, Repuls des Vermächtnisses. Eine allgemeine Lehre vom Verzicht (— neuster Versuch: Gräbe, die Lehre des Verzichts [1843]. R. —) d. h. Grundsätze, die auf der einen Seite bloß für diese Art der Veräußerung, auf der andern für alle Gestalten des Verzichts gelten, giebt es nicht (auch die Titel des canonischen Rechts de renuntiatione beziehen sich nur auf einen besondern Fall).

a) Savigny, System III.

lensvermögen in dem Handelnden; 2) Richtung des Willens auf etwas (Entschluß), bey Rechtsgeschäften auf den juristischen Zweck derselben, der daher in dem Bereich der rechtlichen Einwirkung des Handelnden liegen muß, bey rechtswidrigen Handlungen auf die Rechtsverletzung, sey es durch bösliche Absicht (dolus) oder durch rechtswidrige Vernachlässigung der Behutsamkeit und Vorsicht (Fahrlässigkeit, culpa); 3) Aeußerung des Willens (factum), sey es durch ein Thun (positive) oder durch ein Unterlassen (negative Handlungen); ohne diese Aeußerung besteht keine juristische Handlung [b]).

Bey der Anwendung dieser Grundsätze und ihrem Einfluß auf die juristischen Handlungen kommen zwey Momente zur Sprache 1) das Subject, 2) der Act der Handlung selbst, und dieser theils von Seiten seines Inhalts, theils von Seiten seiner Form.

A. Subject der Handlung.

1. Handlungsfähigkeit.

§. 50.

Es giebt Personen, denen das Willensvermögen abgeht; sie sind wie natürlicher, so auch juristischer Handlungen jeder Art vollkommen unfähig. Solche sind die Wahnsinnigen [a]), und die sich sonst im Zustande der Vernunftlosigkeit befinden [b]). Ebenso aber

b) L. 53 in f. D. de V. S. (50, 16): — nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit. L. 225 eod , L. 18 D. de poen. (48, 19): cogitationis poenam nemo patitur. — Das Factum also ist ein wesentliches Element der Handlung, aber es ist diese nicht für sich allein. Daher ist nicht jede Unterlassung eine Handlung (wie auch nicht jedes Thun), sonst wäre der Schlafende handelnd, sondern (Omissiv-) Handlung ist nur die aus einem Entschluß hervorgegangene Unterlassung.

a) L. 1 §. 3, L. 18 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 1 §. 12 D. de O. et A. (44, 7), L. 40 D. de R. I. (50, 17), L. 5 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): — si furiosus damnum dederit — cessabit Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit.

b) Savigny, System III S. 85 ff., c. 7 C. 15 qu. 1: — nesciunt quid loquantur qui nimio vino indulgent, iacent sepulti, ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes iudices venia quidem facta (l. facti) donantur, sed levitatis damnantur auctores. Auch den höchsten Grad des Zorns hat man hierher gerechnet wegen L. 48 D. de R. I. (50, 17), L. 3 D. de divort. (24, 2).

werden die Kinder unter sieben Jahren (§. 23) behandelt [c]). Endlich sind juristische Personen, als bloße Begriffe, willenlos [d]). Alle diese Personen können daher nur durch Stellvertreter in den rechtlichen Verkehr eingreifen (§. 52. 53).

Dann sind Personen, denen, obwohl ihnen die Möglichkeit eines Willens nicht fehlt, die Einsicht in die rechtliche Bedeutung der Handlungen abgeht, der juristische Verstand, welcher als ein Moment bey dem zweiten Erforderniß juristischer Handlungen, dem Entschluß (§. 49), zur Sprache kommt. Dieser Mangel wird bey reinen Erwerbungen nicht berücksichtigt, wohl aber bey Handlungen, durch die ein Recht aufgegeben oder sonst verloren oder eine Verbindlichkeit übernommen wird. Dieser Veräußerungs- und Verpflichtungsverhandlungen sind aus jenem Grund unfähig 1) Unmündige (impuberes infantia maiores, §. 23) [e]), nur daß sie durch ihre unerlaubten Handlungen verpflichtet werden, wenn sie so nahe an der Pubertät stehen (pubertati proximi), daß sie die Einsicht in

---

c) L. 1 §. 13 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 32 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2): — nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Man ist bey der Erwerbung des Besitzes über die Gränzlinie der sieben Jahre zurückgegangen §. 127, ebenso bey der Restitution eines Universalfideicommisses. L. 65 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

d) L. un. §. 1 D. de lib. univers. (38, 3): — consentire non possunt. — L. 1 §. ult. D. de adqu. poss. (41, 2), Ulp. fragm. XXII. 5. Daher kann auch von Delicten juristischer Personen nicht die Rede seyn. Von den Gliedern der Corporation spricht L. 9 §. 1 D. quod metus (4, 2): — sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit; — von einer Verpflichtung ex re, L. 15 §. 1 D. de dolo m. (4, 3).

e) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14), L. 9 D. de auct. tut. (26, 8), L. 8. 9 D. de adqu. her. (29, 2), L. 11 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 9. 10 I. de inutil. stip. (3, 19), pr. I. de auct. tut. (1, 21): — placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. Es versteht sich von selbst, daß diese Beschränkung nur auf solche Verpflichtungen wirkt, deren Quelle eine Handlung des Verpflichteten ist, nicht wo die Obligatio aus einem andern Umstand (ex re) entsteht, z. B. aus der Thatsache der Bereicherung. L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8) u. a. Vgl. L. 46 D. de O. et A. (44, 7). S. noch unten §. 237. — Nahezu einer gleichen Beschränkung der Handlungsfähigkeit, wie die Unmündigen, unterlagen im älteren Recht die Frauen; diese ist im neueren Recht weggefallen.

ihre Rechtswidrigkeit besitzen[f]); für Rechtsgeschäfte kann ihre Handlungsfähigkeit durch tutoris auctoritas, die zu ihrer natürlichen Handlung von Seiten des dabey gegenwärtigen Tutors hinzutritt, ergänzt werden[g]); 2) Prodigi, d. h. Personen, denen durch ein obrigkeitliches Decret die Verwaltung und Verfügung über ihr Vermögen wegen Verschwendung entzogen worden ist[h]), die den Unmündigen gleich gestellt sind[i]), nur daß sich diese Beschränkung nicht auf die unerlaubten Handlungen erstreckt, und ihre Handlungsfähigkeit nicht durch auctoritas tutoris ergänzt werden kann[k]).

Endlich sind auch durch das dritte Erforderniß: Aeußerung des Willens, manche Personen von manchen Handlungen ausgeschlossen. So von Handlungen, die in dem mündlichen Aussprechen von Worten bestehen oder Gehör voraussetzen, die Stummen oder Tauben[l]). Diese Ausschließung ist eine natürliche, und ist durch den Umfang des natürlichen Hindernisses begränzt, eine auf juristischen Gründen beruhende ist dagegen die der Unmündigen von allen Rechtsgeschäften mit einer solennen civilrechtlichen Form (auch solchen, deren sie nicht schon durch ihren Inhalt — s. oben —

---

f) §. 18 I. de obl. ex del. (4, 1): — si proximus pubertati sit, et id intelligat se delinquere. L. 5 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): — si sit iam iniuriae capax. L. 1 §. 15 D. depos. (16, 3), L. 4 §. 26 D. de doli exc. (44, 4), L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17), vgl. L. 13 §. 1, L. 14 D. de dolo m. (4, 3). (Vgl. Heidelb. Krit. Zeitschr. I. 3 [1852] S. 301 f. R.) Gegen den Irrthum, daß eine Verpflichtung durch culpa früher eintrete, als durch dolus s. Savigny, System III §. 108, Note g.

g) L. 5 D. de R. I. Vgl. die Stellen der Note e und überhaupt Inst. I. 21. Dig. XXVI. 8. Cod. V. 59. S. §. 347.

h) L. 1 pr. 10 pr. D. de curat. fur. (27, 10), L. 18 pr. D. qui testam. fac. p. (28, 1).

i) L. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12, 1): — pupillo eum comparandum. — L. 6 D. de V. O. (45, 1).

k) In dieser letzten Hinsicht stehen sie wie furiosi, so ist zu verstehen L. 40 D. de R. I. (50, 17): Furiosi vel eius cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. — Ebendeshalb muß man für einige Geschäfte, deren sie streng genommen nicht fähig wären, unter Voraussetzung ihrer Vortheilhaftigkeit eine Ausnahme machen, so bey Novationen, L. 3 D. de novat. (46, 2), beim Erbschaftsantritt, L. 5 §. 1 D. de adqu. her. (29, 2), während bey Pupillen die Möglichkeit der Auctoritas eine solche Ausnahme unnöthig macht.

l) Z. B. §. 7 I. de inut. stip. (3, 19).

unfähig sind)[m]); dieß wurde auf alle gerichtlichen Handlungen angewendet, und die Ausschließung von diesen (doch auch mit der Möglichkeit derselben unter auctoritas tutoris) ist noch im neuesten Recht geblieben[n]).

2. Dispositionsbefugniß.

§. 51.

Bey Rechtsgeschäften tritt zu der Handlungsfähigkeit als ein weiteres Erforderniß noch hinzu die Befugniß, über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts in der durch dieses gegebenen Art zu verfügen. Diese Befugniß kann ausgeschlossen seyn 1) dadurch, daß der Gegenstand überhaupt den Privatdispositionen entzogen ist; der allgemeine Grundsatz ist, daß durch Rechtsgeschäfte Rechte, wie sie dem bestehenden Recht gemäß sind, gegeben, nicht aber Rechtssätze aufgestellt werden können[a]), und daraus folgt auch, daß über Sachen, die dem Commercium entzogen sind, nicht durch Rechtsgeschäfte verfügt werden kann[b]); 2) dadurch, daß dem Handelnden die in Rede stehende Verfügung nicht zukommt, entweder a) weil er keine rechtliche Macht über den Gegenstand hat (wie z. B. bey Verfügungen über fremde Sachen), ein Mangel, der durch Consens oder Ratihabition des Berechtigten gehoben werden kann[c]), oder b) weil dem Berechtigten diese Verfügung durch rechtliche Vorschrift untersagt ist.

m) Ulpiani fragm. XI. 27.

n) L. 1 §. 2. 4 D. de admin. tut. (26, 7), L. 1. 2 C. qui legit. personam standi in iudicio hab. (3, 6).

a) L. 38 D. de pact. (2, 14): ius publicum (das Recht selbst, als Wille der Gesammtheit) privatorum pactis mutari non potest. L. 7 §. 7, L. 27 §. 4 eod., L. 27. 45 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

b) L. 39 §. 8—10 D. de leg. I. (30), L. 83 §. 5 D. de V. O (45, 1), L. 34 §. 1. 2 D. de contr. emt. (18, 1).

c) Ein solcher Consentient ist nicht als Subject des Rechtsgeschäfts zu betrachten. L. 160 pr. D. de R. I. (50, 17): aliud est vendere, aliud vendenti consentire. Die nachfolgende Genehmigung (ratihabitio) steht der vorhergehenden Zustimmung gleich, ihre Wirkung wird daher zurückbezogen auf den Zeitpunkt des Geschäfts, welches ratihabirt wird, soweit der Ratihabent diesen Willen haben konnte (also nicht mittlerweile erworbene Rechte Dritter entgegenstehen), und auch kein entgegengesetzter Wille desselben nachzuweisen ist. L. 16 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est,

Dieß letztere ist in Beziehung auf Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte der Fall bey den Personen, welchen die Administration des Vermögens entzogen ist, also bey allen Bevormundeten (auch abgesehen von denen, die in ihrer Handlungsfähigkeit — unabhängig von einer bestehenden Vormundschaft — beschränkt sind, §. 50), so namentlich bey handlungsfähigen Minderjährigen, wenn sie einen Curator haben. Aber auch dieser Mangel kann durch den Consens oder die Ratihabition des Vormunds gehoben werden[d]).

---

hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere (oder hoc ipso q. r. h. v. e. r. recurrere *ratihabitionem*) ad illud tempus, quo convenit; voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. Vgl. L. 7 pr. C. ad S. C. Maced. (4, 28), L. 25 in f. C. de donat. inter vir. (5, 16). Ein anderer Fall ist, wenn die Ratihabition von einem Subject des Rechtsgeschäfts selbst ausgeht, hier sind zwey Fälle möglich: 1) Bestätigung des früheren Geschäfts, namentlich durch Verzicht auf seine Anfechtung und Revocation, hier tritt Retrotraction ein. L. 25 C. cit. vgl. L. 1 C. si maior factus ratum hab. (2, 46) u. a.; 2) neue Abschließung des Geschäfts, hier fällt die Retrotraction natürlich weg, s. L. 65 §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 §. 6 D. de off. procons. (1, 16). Das Letztere ist überall anzunehmen, wo das früher abgeschlossene Geschäft wegen des nun beseitigten Mangels nicht bloß anfechtbar oder revocabel, sondern nichtig war.

d) Diese Zustimmung des Vormunds ist unbestritten nothwendig bey Veräußerungsgeschäften, auch in Beziehung auf die Verpflichtung daraus. L. 3 C. de in int. rest. minor. (2, 22): Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis (Dioclet.). Dasselbe muß auch von Verpflichtungen schlechtweg gelten, die in der That dem Erfolg nach mit den Veräußerungen übereinkommen, und dieß wird bestätigt durch L. 26 C. de admin. tut. (5, 37), (vgl. L. 8 pr. D. de adqu. hered. 29, 2), L. 2 C. qui legit. pers. (3, 6), L. 60. 61 D. de iure dot. (23, 3), vgl. Fragm. vat. §. 110). S. Puchta, Cursus der Instit. II §. 202 Note aa. Dessenungeachtet bestreiten mehrere neuere Juristen die Nothwendigkeit des Consenses für Verpflichtungen: Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht II. 12 (1829). Savigny, von dem Schutz der Minderjähr. 1833 S. 32 ff. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X S. 287 f. Rudorff, Recht der Vormundschaft II S. 284 ff. Vangerow, Leitfaden I S. 463 ff. (zum Theil eine irrige Darstellung der herrschenden Ansicht mit ihrer Wahrheit identificirend), vornehmlich wegen L. 101 D. de V. O. (45, 1): Puberes sine curatoribus suis

3. Handlung durch Stellvertreter.

§. 52.

Bey der Frage, inwiefern eine Handlung für uns durch Andere mit derselben Wirkung vorgenommen werden kann, wie wenn wir sie selbst vorgenommen hätten, scheiden sich vor allem die unerlaubten Handlungen aus, die außer dem Bereich des rechtlichen Verhältnisses der Stellvertretung liegen[a]). Für Rechtsgeschäfte aber geht das römische Recht von dem Grundsatz aus, daß diese ihre Wirkung unmittelbar nur für den Handelnden haben[b]), und die Vornahme der Handlung durch einen Andern ist entweder überhaupt nicht möglich, wenn nämlich die Handlung eine gewisse Qualität voraussetzt, die dem Andern nicht zukommt[c]), oder nur so, daß der Handelnde selbst in das Rechtsverhältniß eintritt (z. B. erwirbt oder sich verpflichtet), und diese Wirkung nachher durch

---

possunt ex stipulatu obligari (Modestin.), womit nur die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen ausgesprochen wird (die man gewöhnlich, diesseits und jenseits, mit unserer Frage vermischt), und mit Herbeiziehung solcher Stellen, die entweder ausdrücklich von Minderjährigen ohne Curatoren sprechen, wie L. 141 §. 2 D. de V. O.: — pubes vero qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet —, oder bey denen man die Existenz eines Curators, wovon alles abhängt, willkürlich hinzudenken muß. (Vgl. jedoch: Puchta, Vorlesungen 4. Ausgabe 1854 §. 51 Note 3. 6. R.)

a) Vgl. L. 15 D. ad L. Corn. de sic. (48, 8), L. 2 D. de noxal. act. (9, 4). (Brinz, krit. Blätter No. 2 [1852] hat sich das Verdienst erworben, den unerträglich schwankenden, modernen Begriff der Repräsentation wenigstens in eine feste Definition zu fassen: „Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach". Dadurch scheiden z. B. die Bürgschaft, der Erwerb für ein Peculium, der Erwerb des Institor für sich selbst, die gewöhnlich hierher gerechnet werden, aus dem Gebiet der Stellvertretung aus. R.)

b) Wenn überhaupt eine Verbindung zwischen der Wirkung und dem Subject besteht, wie es bey denen der Fall ist, wodurch jemand berechtigt oder verpflichtet werden soll. Daß dagegen z. B. jemand eine fremde Schuld mit voller Wirkung für den Schuldner zahlen kann, ist so wenig eine Repräsentation desselben, als die Expromission. Ferner ist von der Repräsentation der Fall zu unterscheiden, wo jemand sich einer andern Person nur als des Mediums bedient, wodurch er seine Willenserklärung an jemanden gelangen läßt, s. z. B. L. 2 §. 2 D. de O. et A. (44, 7). Der nuntius ist so wenig Repräsentant, als der Brief.

c) Z. B. die Erwerbung des Erbrechts setzt die Delation an den Erwerber voraus.

einen Act von ihm auf den Repräsentirten übergeht, soweit das Rechtsverhältniß eine solche Uebertragung zuläßt.

Diese Regel hat Modificationen erlitten 1) durch den Rechtssatz, daß der in der potestas Stehende vermöge der Natur dieser Gewalt dem Gewalthaber erwirbt[d]); 2) durch Zulassung einer freien Repräsentation in vielen Fällen mit unmittelbarer Wirkung[e]), es wurde nämlich der Erwerb des Besitzes durch freie Repräsentanten, und damit jeder andere, der dadurch bedingt wird, angenommen[f]). Aber noch im neuesten Recht ist die Contrahirung von Obligationen durch die Handlung freier Repräsentanten als eine directe und unmittelbare (ohne daß die Obligation durch die Person des Repräsentanten hindurchginge) ausgeschlossen (§. 273)[f*]), und auch solche Handlungen giebt es noch, bey denen, indem das dadurch zu begründende Rechtsverhältniß einen Durchgang durch die Person des Stellvertreters nicht zuläßt, überhaupt die Thätigkeit eines Repräsentanten ausgeschlossen ist, so bey der Begründung und Aufhebung von Familienverhältnissen, bey der Errichtung eines Testaments und regelmäßig bey der Erwerbung des Civilerbrechts.

§. 53.

Wo eine Handlung für einen Andern mit (unmittelbarer oder mittelbarer) Wirkung vorgenommen werden kann, wird ein Reprä-

---

d) Inst. II. 9: per quas personas nobis adquiritur. III. 28: per quas pers. nob. obligatio adquir. Vgl. Gai. II. 86 sqq. III. 163 sqq.

e) L. 53 D. de adqu. dom. (41, 1): Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti per stipulationem (dieses Beispiel beruht sicher [vgl. jedoch z. B. L. 15 §. 3 D. de castr. pec. 49, 17. L. 7 pr. D. de auct. tut. (26, 8). L. 18 §. 3 D. de stip. serv. (45, 3). R.] auf einer Interpolation); quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus (Modestin.). Vgl. Puchta, Cursus der Instit. II §. 203. Abweichend ist Savigny, System III §. 113. (Obl. Recht II §. 56. R.)

f) L. 1 C. per quas pers. nobis adquir. (4, 27): Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est — (Dioclet.). Auch die bonorum possessio ist herbeigezogen worden, §. 501, ja in gewissen Fällen sogar die hereditas §. 497. Justinian hat noch die unmittelbare Erwerbung eines Pfandrechts durch Vertrag des Procurators hinzugefügt. L. 2 C. eod., vgl. L. 11 §. 6 D. de pign. act. (13, 7), L. 21 pr. D. de pignor. (20, 1).

f*) (Vgl. hiergegen §. 273 Anm. a a. E. R.)

sentationsverhältniß zwischen dem Handelnden und dem Repräsentirten vorausgesetzt. Dieß kann 1) in einer Gewalt des letzten über den ersten begründet seyn; soweit die Wirkung der Handlung für den Gewalthaber eine nothwendige Folge der Gewalt ist, bedarf es nicht einmal dessen Willens, außerdem, namentlich zur Verpflichtung desselben, ist sein Befehl oder seine Genehmigung erforderlich (§. 277); 2) in der Verfassung einer juristischen Person, durch welche die Repräsentation derselben festgesetzt wird, bey Corporationen namentlich kann die Repräsentationsgewalt der Versammlung aller Glieder, oder einem engeren Ausschuß, oder vielleicht, je nach Gestalt der Verfassung, einem einzelnen Oberhaupt zustehen[g]); auch hier ist der Wille des Repräsentirten nicht erforderlich, ja es ist nur dadurch eine Handlung juristischer Personen möglich, daß der verfassungsmäßige Beschluß jener Repräsentanten als Wille der juristischen Person gilt. Endlich kann das Repräsentationsverhältniß 3) ein vollkommen freies seyn (keine Gewalt des Repräsentirten über den Repräsentanten, noch umgekehrt). Ein solches kann beruhen a) auf einem Amt: bey den Beamten einer juristischen Person (Corporation oder milden Stiftung), bey den Vormündern[h]); auch hier ist der Wille des Repräsentirten nicht erforderlich, soweit der Repräsentant seiner Amtspflicht gemäß handelt, b) auf einem Auftrag (oder, was diesen ersetzt, nachfolgender Genehmigung)[i]), ein solcher Repräsentant heißt procurator, der Repräsentirte dominus. Hier ist daher der Wille des Repräsentirten erforderlich, und die Handlung hat eine Wirkung für ihn nur in so weit, als sie seinem Willen gemäß geschehen ist. Die Vollmacht, auf der die Eigenschaft des Procurators beruht, kann in

---

g) Vgl. Savigny, System II §. 96—100.

h) Nach der neueren Rechtsansicht, wonach die Vormundschaft keine Gewalt ist. Von den Handlungen, die der Vormund als Repräsentant des Mündels vornimmt, sind zu unterscheiden die aus seinem Administrationsrecht fließenden.

i) Auch diese Ratihabition wird retrotrahirt (§. 51 Note c). L. 56 D. de iudic. (5, 1). Man hat daran gezweifelt aus Mißverständniß solcher Stellen, welche nur sagen, daß die Obligation zwischen dem negotiorum gestor und dem dominus durch Ratihabition nicht hinterher in eine Mandatsobligation verwandelt wird, z. B. L. 9 D. de neg. gest. (3, 5). Vgl. Hufeland über d. versch. Wirk. d. Genehm., in den Abh. über den Geist des R. R. I S. 299 ff.

Beziehung auf das vorzunehmende Geschäft eine specielle oder generelle seyn, das letzte, wenn sie das in Rede stehende Geschäft nicht speciell bezeichnet, sondern nur in einer Gattungsbezeichnung enthält[k]). Unter einer generellen Vollmacht sind an sich nur die Handlungen zu begreifen, die wesentlich zu diesem Genus gehören[l]). Einem procurator omnium bonorum kann allein die custodia, Sorge für die Erhaltung der Güter, übertragen seyn, aber auch administratio, volle Vermögensverwaltung, worin auch Veräußerungsbefugniß (nur nicht durch Schenkung)[m]) liegt, und hier können entweder gewisse Handlungen ausgenommen seyn, oder die Verwaltung kann unbeschränkt seyn (libera administratio). Aber auch in diesem letzten Fall ist der Procurator immer noch an den vermuthlichen Willen des Dominus gebunden[n]).

Die nähere Bestimmung der Thätigkeit des Repräsentanten, welche erforderlich ist, um die unmittelbare oder mittelbare Wirkung für den Repräsentirten hervorzubringen, gehört in die Lehre von den einzelnen Rechtsverhältnissen, Besitz, Eigenthum, Obligationen, Erbrecht.

---

k) Diese Begriffe sind relativ. Der Procurator z. B., dem die Führung eines bestimmten Processes aufgetragen ist, ist hinsichtlich dieses Processes specialis procurator, im Gegensatz gegen einen Procurator, der z. B. für alle Processe, oder überhaupt für die ganze Vermögensverwaltung bestellt ist, in Beziehung auf die einzelnen in der Proceßführung begriffenen Handlungen dagegen ist er, wenn sie nicht speciell genannt sind, generalis.

l) Daher in einer Proceßvollmacht nur die Handlungen liegen, die zur Herbeiführung der richterlichen Entscheidung, als dem ordentlichen Zweck des Verfahrens erforderlich sind, nicht die Beilegung des Rechtsstreits durch einen Vergleich, wenn sie nicht namentlich aufgeführt ist. L. 60 D. de procur. (3, 3), L. 17 §. 3 D. de iureiur. (12, 2).

m) L. 7 pr. D. de donat. (39, 5).

n) Er kann veräußern, Vergleiche schließen, L. 58. 59 D. de procur. (3, 3), L. 17 §. 3 de iureiur. (12, 2), aber er kann nicht veräußern unter Umständen, wo der Dominus selbst es nie zu thun pflegte. L. 12 D. de pign. act. (13, 7), L. 63 D. de procur. Diese Stellen enthalten also keinen Widerspruch. — Früher suchte man die anscheinende Differenz derselben dadurch zu lösen, daß man ein mandatum cum libera sc. administratione (d. h. mit diesem positiven Zusatz) und sine libera unterschied, und die ersten Stellen von jenem, die zweiten von diesem verstand. Diese Ansicht findet sich schon in Gl. ad L. 58. 63 de procur., sie ging über ins canonische Recht c. 4 de procur. in VI. (1, 19), und war in Deutschland lange die ausschließlich herrschende.

B. Act der Handlung.

§. 54.

Der Act der Handlung besteht bey unerlaubten Handlungen in einer That oder Unterlassung, durch welche fremde Rechte verletzt werden, bey Rechtsgeschäften in Willenserklärungen, durch welche ein Rechtsverhältniß hervorgebracht, aufgehoben oder verändert werden soll. Der allgemeine Inhalt des Rechtsgeschäfts beruht auf der Existenz des bestimmten Willens, seiner Erklärung, und damit also auf der Uebereinstimmung beider, der besondere auf dem besonderen Zweck des Rechtsgeschäfts und den zu seiner Erreichung oder Sicherung getroffenen Festsetzungen.

Die Rechtsgeschäfte zerfallen in zwey große Massen, jenachdem sie die Willenserklärung bloß einer einseitig für den Zweck des Geschäfts handelnden Person enthalten (einseitige Rechtsgeschäfte), oder in den gegenseitigen Willenserklärungen mehrerer übereinstimmend thätiger Personen bestehen (zweiseitige Rechtsgeschäfte). Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte heißen Verträge[a]). Vertrag ist die auf ein Rechtsverhältniß der Vertragschließenden gerichtete Uebereinkunft[b]); er ist eine allgemeine Rechtsform, durch welche Rechte verschiedenster Art (Rechte an Sachen, Obligationen, Rechte an Personen) hervorgebracht oder aufgehoben werden können. Bey dem Vertrag kommt zu dem allen Rechtsgeschäften gemeinsamen Erforderniß der Willenserklärung und der Uebereinstimmung des Willens und der Erklärung, was hier von beiden Seiten vorausgesetzt wird, noch das der Uebereinstimmung der Willenserklärung des Einen mit der des Andern hinzu[c]).

1. Der Wille.

a. Einfluß der Motive.

§. 55.

Die Handlung setzt die Richtung des Willens auf ihren Gegenstand voraus, das Daseyn dieses Willens ist es in der Regel

---

a) Savigny, System III §. 140. 141.

b) L. 1 §. 2 D. de pact. (2, 14): et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.

c) Man pflegt die gegenseitigen Willenserklärungen beim Vertrag Versprechen und Acceptation zu nennen. Der letzte Ausdruck wäre unbedenklich

juristisch allein, was bey der Handlung zur Sprache kommt, der Proceß seiner Entstehung, also auch die Beweggründe, die dem Entschluß vorhergegangen, sind für die rechtliche Betrachtung gleichgültig. Diese Regel hat indessen erhebliche Ausnahmen, theils bey unerlaubten Handlungen [a]), theils bey Rechtsgeschäften. Die wichtigsten dieser Motive sind Furcht (metus) und Irrthum (error, ignorantia) [b]).

§. 56.

Furcht als Motiv einer Handlung findet an sich gar keine Berücksichtigung, anders, wenn sie durch Drohung (vis ac metus) erzeugt ist [c]), durch einen (psychischen) Zwang, der zwar das Daseyn eines Willens und der (s. g. erzwungenen) Handlung nicht ausschließt, aber gegen welchen dem Gezwungenen nicht zu helfen eine Verletzung der Sittlichkeit wäre. So kann also die durch Drohung veranlaßte Handlung nicht nichtig genannt, aber sie kann durch verschiedene Rechtsmittel angefochten, und der daraus entstehende Nachtheil abgewendet werden [d]), und dieß nicht bloß ge-

---

als ein allgemeiner für die Zustimmung dessen, der durch den Vertrag berechtigt werden soll, zu der Willenserklärung des andern Theils zu gebrauchen, der Ausdruck Versprechen dagegen ist nicht so allgemein passend, und er hat mit dazu beigetragen, den Vertrag irrthümlich auf die Sphäre der Obligationen zu beschränken.

a) S. z. B. L. 8 §. 10 D. mand. (17, 1): — si tibi mandavi, ut hominem emeres — si dolo emere neglexisti, forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret, aut si lata culpa, forte si gratia ductus passus es alium emere, teneberis. — L. 7 §. 7 D. de dolo (4, 3): — si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, — si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.

b) Diese Lehre ist auf das vollkommenste dargestellt von Savigny, System III §. 114. 115 Beil. VIII: Irrthum und Unwissenheit, wodurch frühere Versuche (z. B. Mühlenbruch, Archiv f. civ. Pr. II. 35) (guten Theils auch spätere z. B. Hermann, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. III, 3 [1847] IV, 12 [1847] V, 3 [1848] VI, 9 [1849] VII, 4. 11 [1850] VIII, 5 [1850] R.) sich erledigen.

c) L. 9 pr. D. quod metus (4, 2): — metum praesentem, non suspicionem inferendi eius — metum accipiendum, si illatus est timor ab aliquo. — L. 21 pr. eod.

d) L. 1 eod.: Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. — L. 21 §. 5 eod: Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas

genüber dem Zwingenden selbst, sondern auch gegen einen Dritten, der das metus causa gestum geltend macht[e]). Aber diese Wirkung setzt die Drohung eines bedeutenden und in der Macht des Drohenden stehenden Uebels voraus[f]).

§. 57.

Das Motiv einer Handlung oder Unterlassung kann ein Irrthum oder Nichtwissen seyn. Die Thatsache der Handlung existirt, das Daseyn des Willens wird durch den Irrthum nicht ausgeschlossen, die Handlung ist nicht nichtig[g]). Aber auch sonst wird

---

tribuatur. L. 21. 22 D. de ritu nupt. (23, 2). Irrthümer: 1) bey negotia bonae fidei mache der Zwang das Geschäft ipso iure nichtig, vgl. L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est. L. 21 §. 4 D. quod metus (4, 2): Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, ut similis species acceptilationi sit et ideo praetoria actio nascitur. L. 23 §. 1. 2 eod.; 2) gewisse einzelne Geschäfte wenigstens seyen wegen Zwangs nichtig (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 336), so ein Dotalversprechen wegen L. 21 §. 3 eod.: Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse, ferner die societas nach Analogie von L. 3 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 16 §. 1 D. de minor. (4, 4), die Manumission wegen L. 9 pr. D. qui et a quib. man. (40, 9), vgl. L. 9 §. 2 D. quod metus, Testamente, auctoritas tutoris wegen L. 1 §. 1 D. de auctor. (26, 8): Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur. Neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali oppressus tacuisset.

e) L. 9 §. 1. 8 L. 10 pr. 14 §. 3 D. quod metus (4, 2), L. 5 C. de his quae vi (2, 20). S. §. 385.

f) L. 5. 6 D. quod metus (4, 2): Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. — Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. L. 3 §. 1 L. 7. 8. 9 pr. eod., L. 7 C. de his quae vi (2, 20).

g) Die beiläufig vorkommende Redeweise: nulla voluntas errantis est und ähnliche (L. 20 D. de aqua pluv. 39, 2., L. 8. 9 C. de iur. et f. ignor. 1, 18 u. s. f.) ist nicht als eine Abweichung des römischen Rechts von dem, was die Natur der Sache mit sich bringt, zu verstehen (wie oft, zuletzt von Hermann, Zeitschr. für Civilr. N. F. III. 6. [1846] angenommen ist. R.) vgl. Savigny, System III Beil. VIII. 12. Eine Ausnahme ist gemacht bey Testamenten, Erbeinsetzungen insonderheit, Erbschaftsantretungen, deren Gül-

dieses Motiv regelmäßig nicht berücksichtigt[h]), ausnahmsweise indessen in folgenden Fällen: 1) wenn der Irrthum durch eine rechtswidrige Handlung (Betrug, dolus malus) erzeugt oder benutzt worden ist, indem dem Betrogenen gegen den dadurch erlittenen Nachtheil verschiedene Rechtsmittel zu Gebote stehen, jedoch nur gegenüber dem Betrüger und seinen Successoren[i]); 2) wo das Bewußtseyn von der Rechtswidrigkeit eines Zustandes (mala fides, böser Glaube) zur Voraussetzung gewisser Nachtheile gemacht ist; der aus einem Irrthum sich für berechtigt Haltende ist nicht in mala fide, und eben so schließt der Irrthum die böse Absicht (dolus) bey einer Handlung aus (z. B. putative Ehe)[k]). 3) Umgekehrt sind mit der bona fides, also mit der irrigen Ueberzeugung, im Rechte zu seyn, gewisse Vortheile verknüpft, (z. B. Usucapion, §. 157 d, Fruchterwerb); Irrthum oder Nichtwissen verhindert 4) den Verlust durch manche Versäumnisse, 5) die Anwendung gewisser nachtheilbringender Rechtsvorschriften (so des S. C. Macedonianum und Velleianum); 6) er gehört zur Begründung mancher Klagen (so der condictio indebiti, der aediliciae actiones); 7) endlich gegen einen dadurch erlittenen Nachtheil kann zuweilen eine außerordentliche Hülfe (in integrum restitutio) gesucht werden. In den Fällen 3—7 gewährt nur ein entschuldbarer Irrthum (für den sich also ein genügender und rechtfertigender Grund anführen läßt, error probabilis, iustus) die Vortheile, die sie enthalten[l]). Ein solcher ist regelmäßig nur die Nichtkenntniß von Thatsachen, nicht der über Rechtssätze[m]). Doch wird auch der Rechtsirrthum

---

tigkeit durch Nichtwissen oder Irrthum, auf dem sie beruhen, gehindert werden kann, §. 462. 472. 497; wegen anderer, aber nur scheinbarer Ausnahmen s. §. 65.

h) L. 52. 65 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 38 D. de dolo (4, 3), L. 17 §. 2. 3 D. de condit. (35, 1).

i) Unrichtig ist die Meinung (Mühlenbruch, Lehrbuch §. 337), daß in einigen Fällen der Betrug das Geschäft nichtig mache, so bey gegenseitigem Betrug zweier Contrahenten wegen L. 57 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1), bey der Societät wegen L. 3 §. 3 D. pro soc. (17, 2), bey der auctoritas tutoris wegen L. 5 §. 2 D. de auctor. (26, 8), Stellen, die kein Wort davon enthalten.

k) L. 25 §. 6 D. de H. P. (5, 3), L. 36 §. 1 L. 37 D. de usurp. (41, 3).

l) Dig. XXII. 6., Cod. I. 18: de iuris et facti ignorantia.

m) L. 2 D. eod.: In omni parte error in iure non eodem loco, quam

als Grund zugelassen 1) in gewissen Fällen[n]); 2) bey gewissen Personen (quibus ius ignorare permissum est, doch keineswegs durchgängig): Minderjährigen[o]), Frauen[p]), Ungebildeten[q]), Soldaten[r]); 3) bey Ungewißheit (namentlich Bestrittenheit) des Rechtssatzes oder seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall[s]), hier aber nur dann, wenn der Irrende nicht durch Beiziehung eines Rechtsverständigen die nachtheiligen Folgen seiner Unkenntniß ver-

---

facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque et prudentissimos fallat. L. 12 C. eod.: Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. In den Fällen 1 und 2 hat dieser Unterschied keine Bedeutung (Note k), nur kann bey unerlaubten Handlungen der Thäter regelmäßig sich nicht auf eine Unkenntniß des Verbots der Handlung berufen. L. 11 §. 4 D. de his qu. not. (3, 2), L. 15 pr. D. de L. Corn. de fals. (48, 10), vgl. Savigny, System III Beil. VIII. 20.

n) L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4), L. 79 D. de leg. II (31), vgl. L. 7. 8 D. de iur. et f. ign. (22, 6): Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet (Papin.). Savigny, Beil. VIII. 32. (Die von Hermann, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, Neue Folge V. 3 [1848] versuchte Erklärung der beiden letzten Stellen beruht wieder auf der schon von Savigny widerlegten Voraussetzung, daß sie ein Princip aussprechen sollen. Vgl. über den Sinn der erstern Stelle: Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. XIV. 9 S. 329. 330 [1848]. Puchta, Vorlesungen I Beil. III. R.)

o) L. 9 pr. D., L. 11 C. eod. Vgl. L. 9 §. 2—4 D. de minor. (4, 4). Diese Entschuldigung des Rechtsirrthums beschränkt sich auf die Sphäre der in integrum restitutio; es ist nicht richtig, wenn Savigny, System III S. 431 den Rechtsirrthum dem Minderjährigen auch bey der Usucapion zu Gute kommen lassen will. (L. 11 C. cit. spricht jedoch entschieden für Savigny's Ansicht, vgl. v. Scheurl, Beitr. II. 1 [1854] S. 74. R.)

p) Note o. L. 3. 13 C. de iur. et f. ign. (1, 18), L. 6 C. qui admitti (6, 9), L. 11 C. qui pet. tut. (5, 31). Savigny, III Beil. VIII. 31.

q) L. 8 C. qui admitti (6, 9), L. 2 §. 7 D. de iure fisci (49, 14), L. 1 §. 5 D. de edendo (2, 13). Savigny, Beil. VIII. 33.

r) L. 22 pr. C. de iure delib. (6, 30), L. 9 §. 1 D., L. 1 C. de iur. f. ign., L. 1 C. de rest. mil. (2, 51), L. 5 C. de his qui sibi adscr. (9, 23). Savigny, Beil. VIII. 32.

s) Savigny, Beil. VIII. 4. 5.

hüten konnte[t]). Umgekehrt kann der factische Irrthum unter Umständen ein unentschuldbarer seyn[u]).

b. Inhalt.

§. 58.

Der Wille des Handelnden giebt dem Rechtsgeschäft seinen Inhalt. Dieser Inhalt kann vor allem ein wesentlicher, dem Rechtsgeschäft, um das es sich handelt, unentbehrlicher seyn, so daß ein von ihm abweichender Wille das Rechtsgeschäft vernichten oder zu einem andern machen würde (s. g. essentialia negotii). Sodann kann mit einem Rechtsgeschäft ein gewisser Inhalt regelmäßig verknüpft seyn, ohne daß er wesentlich ist (s. g. naturalia negotii), dieser hat mit jenem das gemein, daß er mit der Existenz des Rechtsgeschäfts von selbst und ohne besondere Willenserklärung gegeben ist, aber er unterscheidet sich von dem wesentlichen dadurch, daß der Wille hinsichtlich seiner nicht gebunden, sondern eine beliebige Veränderung desselben ohne Beeinträchtigung der Existenz dieses Rechtsgeschäfts möglich ist. Endlich giebt es einen Inhalt, der durchaus auf besonderer Festsetzung beruht, und weder wesentlich ist, noch vermuthet wird (s. g. accidentalia negotii).

Die Bestimmungen, aus denen der Inhalt des Rechtsgeschäfts besteht, sind ferner theils Hauptbestimmungen, in denen der Zweck des Rechtsgeschäfts selbst liegt, theils Nebenbestimmungen, wodurch Hauptbestimmungen in ihrer Existenz oder Wirkung und Tendenz modificirt oder gewahrt werden sollen. Von diesen Nebenbestimmungen sind hervorzuheben: Bedingung, Zeitbestimmung, Modus, die übrigen werden unter dem allgemeinen Namen der Clauseln zusammengefaßt[a]).

---

t) L. 9 §. 3 D. de iur. et f. ign. (22, 6): Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est.

u) L. 3. 6. 9 §. 2 D. eod., L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). Nec stultis succurritur, sed errantibus, L. 9 §. 5 D. de iur. et f. ign.

a) Dig. XXVIII. 7: de conditionibus institutionum. XXXV. 1: de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. Cod. VI. 25: de instit. et substit. et restit. sub conditione factis. VI. 45: de his quae sub modo legata vel fideic. relinquuntur. VI. 46: de conditionibus insertis tam legatis quam fideic. et

Bedingungen [a]).

§. 59.

Bedingung (conditio) ist die Voraussetzung eines künftigen, ungewissen Umstands, von welchem der Wille des Handelnden die Existenz des Rechtsgeschäfts oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig macht [b]). Der Umstand kann ein Geschehen (affirmative, positive Bedingung) oder Nichtgeschehen (negative) seyn. Ferner kann er eine freie positive oder negative Handlung dessen, dem die Bedingung gesetzt ist, oder ein zufälliges Ereigniß, oder eine Verbindung von beiden seyn. Im ersten Falle heißt die Bedingung potestativa (quae in potestate eius est), im zweiten casualis, im dritten mixta [c]).

§. 60.

Durch die Bedingung wird, was davon abhängig gemacht ist (§. 59), ins Ungewisse gestellt, solange die Entscheidung noch nicht eingetreten ist (conditione pendente). Die Entscheidung ist entweder Existenz (Erfüllung) der Bedingung (conditio existit, impletur), oder Ausfall (Nichterfüllung) derselben (conditio deficit). Die positive Bedingung ist erfüllt, wenn das, was der Absicht dessen, der sie setzte, gemäß geschehen sollte, vollständig geschehen

---

libertatibus. VIII. 55: de donat. quae sub modo vel conditione vel certo tempore fiunt. — Bedingungen sind nicht Nebenbestimmungen in dem Sinn, daß die Hauptbestimmung einen gegen sie selbstständigen Charakter hätte, sie modificiren vielmehr die Hauptbestimmung selbst und unmittelbar, vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XV S. 248 f.

a) Savigny, System III §. 116—124.

b) Keine wahren Bedingungen sind: die conditiones iuris, L. 21. 99 D. de condit. (35, 1), L. 21. 68 D. de iure dot. (23, 3), die conditiones in praesens aut in praeteritum conceptae, L. 37—39 D. de reb. cred. (12, 1), L. 16 D. de iniusto test. (28, 3), L. 10 §. 1 D. de cond. instit. (28, 7), L. 100. 120 D. de V. O. (45, 1), die Voraussetzung eines nothwendigen oder unmöglichen Umstands L. 9 §. 1 D. de novat. (46, 2): qui sub conditione stipulatur, quae omnino exstitura est, pure videtur stipulari. Vgl. §. 60.

c) L. un. §. 7 C. de cad. toll. (6, 51): sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat. — L. 60 pr. D. de condit. (35, 1), L. 11 §. 1 eod. Vgl. L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25), L. 4 §. 1 D. de her. inst. (28, 5), L. 28 D. de cond. inst. (28, 7).

ist[d]), die negative, wenn das, was nicht geschehen soll, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art nicht mehr geschehen kann[e]). Zuweilen wird eine nicht erfüllte Bedingung für erfüllt erachtet; dieß ist der Fall 1) wenn der, welchem durch die Erfüllung ein Vortheil zugehen soll, sie hindert und mithin auf diesen Vortheil verzichtet[f]); 2) wenn der, welcher durch die Erfüllung verpflichtet werden soll, sie hindert[g]). Nicht mit diesen Fictionen zu verwechseln ist die Erfüllung, welche dem wahren Sinn des die Bedingung Setzenden gemäß angenommen werden muß, wenngleich vielleicht nicht alles, was die Worte enthalten, geschehen ist[h]), ferner der Einfluß einer hinzutretenden Möglichkeit.

---

d) L. 101 pr. D. de condit. (35, 1): — cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat. — L. 19 pr. 76 eod. Dahin gehört auch die Zeit, innerhalb deren die Erfüllung einer Potestativbedingung geschehen muß. L. 19 pr. cit., L. 29 eod., L. 20 §. 5 D. de statulib. (40, 7). S. auch L. 11 D. de cond., L. 45 §. 2 D. de leg. II (31), L. 7 C. de inst. et subst. (6, 25). — Die Erfüllung muß bewiesen werden, ist aber ein Umstand, der zur Erfüllung gehört, so ungewiß, daß sich weder sein Eintritt noch sein Nichteintritt constatiren läßt, so soll bey letztwilligen Zuwendungen die Erfüllung vermuthet werden, L. 10 §. 1 D. de reb. dub. (34, 5); die Behauptung, daß eine Bedingung im Zweifel für erfüllt erachtet werden müsse, ist ein Irrthum.

e) L. 73. 103 D. de condit. (35, 1).

f) L. 24 D. eod.: Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret (Iulian.). L. 14. 78 pr. eod., L. 5 §. 5 D. quando dies (36, 2).

g) L. 161 D. de R. I. (50, 17): In iure civili receptum est, quotiens per eum cuius interest, conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis etc. (Ulpian.). L. 85 §. 7 D. de V. O. (45, 1), L. 50 D. de contr. emt. (18, 1), L. 81 §. 1 D. de cond. (35, 1).

h) So wenn er bloß den Willen des Erfüllenden im Auge hatte, L. 54 §. 2 D. de leg. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset si eum manumisisses, nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quo minus perveniat ad libertatem. L. 31 D. de condit. (35, 1). Anders, wenn er schlechterdings das bezeichnete Ereigniß voraussetzte. L. 23 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): Item Iulianus scribit,

Eine Bedingung, deren Erfüllung unmöglich ist (impossibilis conditio), ist wie die, deren Erfüllung umgekehrt nicht ausbleiben kann (necessaria c.), keine wahre Bedingung, da sie keine Ungewißheit mit sich führt [i]). Eine Verfügung unter einer unmöglichen Bedingung ist keine, nur bey letztwilligen Dispositionen soll die Bedingung für nicht beigefügt geachtet, die Disposition also aufrecht erhalten werden [k]). Gleichviel, ob die Bedingung absolut oder nur unter den vorhandenen Umständen unmöglich ist, ob die Unmöglichkeit einen physischen oder rechtlichen Grund hat, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat oder nicht [l]). Eine unter den gewöhnlichen Umständen unüberwindliche, nicht bloß individuelle Schwierigkeit der Erfüllung steht der Unmöglichkeit gleich [m]); und auch eine Bedingung, deren Erfüllung Rechts- oder sittliche Vorschriften verletzen würde, vorausgesetzt daß diese Verletzung dadurch befördert werden soll (conditio turpis), wird wie eine unmögliche behandelt [n]). Ein Anderes ist die Unstatthaftigkeit

---

si institutus fuero sub conditione: si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit, inspicitur. L. 101 pr. D. de condit., L. 20 §. 3 D. de statulib. (40, 7). Zu Gunsten der Freiheit soll eine Bedingung, von der sie abhängt, immer so verstanden werden, daß, wenn der Sclave etwas thun soll, es hinreicht, wenn nur von seiner Seite kein Hinderniß bestand, L. 20 §. 3 cit., L. 28 pr. eod., L. 94 D. de condit. u. a. — Die Regel Bonifacius VIII. c. 66 de R. I. in VI: Cum non stat per eum ad quem pertinet, quo minus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset, ist in dieser Allgemeinheit falsch.

i) Ueber die unmöglichen Bedingungen vgl. W. Sell, Versuche im Geb. des Civilr. Th. 2 (1834). Arndts Beiträge (1837) I. 4. Savigny, System III (1840) §. 121—124.

k) L. 7. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 9. §. 6 D. de reb. cred. (12, 1), L. 1. 20 pr. D. de cond. instit. (28, 7), L. 3. 6 §. 1 D. de cond. (35, 1). Eine nachher eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung macht die Bedingung nicht zu einer unmöglichen, sondern nur zu einer deficirenden, L. 23 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 94 pr. D. de condit. (35, 1).

l) Savigny a. a. O. S. 191 f. Sell a. a. O. S. 77 ff.

m) L. 6 D. de cond. inst. (28, 7), L. 1 §. 1 D. de statulib. (40, 7), vgl. L. 137 §. 4. 5 D. de V. O. (45, 1). Gar nicht hierher gehört L. 63 §. 7 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

n) L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. (28, 7), L. 123. 137 §. 6 D. de V. O.

aller°) oder gewisser Arten von Bedingungen bey gewissen Rechtsgeschäften (so captatorischer bey Erbeinsetzungen, nichtpotestativer bey Einsetzung von Notherben); hier macht ihre Beifügung regelmäßig die Geschäfte selbst (auch letztwillige) ungültig und dasselbe gilt von conditiones perplexae, die einen Widerspruch in die Disposition bringen[p]).

§. 61.

Das Daseyn des Geschäfts oder Verhältnisses ist von der Bedingung entweder so abhängig gemacht, daß es mit ihrer Existenz anheben soll — das Geschäft ist hier ein bedingtes, die Bedingung nennt man Suspensivbedingung, — oder so, daß es aufgelöst, als

---

(45, 1), vgl. L. 121 eod., L. un. in f. C. de his qui poenae nom. (6, 41). Besondere Beispiele von unsittlichen Bedingungen sind: die der Ehelosigkeit, von der ein Vermögensvortheil abhängig gemacht wird, L. 72 §. 5 D. de condit. (35, 1), L. 63 §. 1 L. 64 §. 1 L. 79 §. 4 eod. (einer Wittwe kann sie nach neuestem Recht gestellt werden, Nov. 22, c. 43, 44, und auch eine die Wahl beschränkende Bedingung ist statthaft, L. 62 §. 2 L. 63 pr. 64 pr. D. de condit.); eben so die der Ehescheidung, L. 5. C. de inst. (6, 25); eben so die Bedingung, nach dem Belieben eines Dritten zu heirathen, L. 72 §. 4 D. de condit.; die Bedingung, wenn eine gewisse Ehe nicht geschlossen, oder wenn sie getrennt werden würde, sofern sie für eine Conventionalstrafe gesetzt wird, L. 71 §. 1 eod., L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1), L. 2 C. de inut. stip. (8, 39); die Bedingung einer Conventionalstrafe, den Andern zum Erben einzusetzen, L. 61 D. de V. O.; die Bedingung des beständigen Aufenthalts an einem bestimmten oder von dem Willen eines andern abhängigen Orte, L. 71 §. 2 D. de condit.; bey letztwilligen Dispositionen wird mißbilligt die Bedingung, eine künftige Leistung eidlich zu versprechen (conditio iurisiurandi), der Eid wird erlassen, und die Leistung als modus behandelt, L. 8. D. de cond. inst. (28, 7), L. 20. 26 pr. D. de condit. (35, 1), vgl. L. 19. §. 6 D. de donat. (39, 5), eine Ausnahme enthält L. 12 pr. §. 1 D. de manum. testam. (40, 4), von einem andern Eid, als dem bezeichneten, sind zu verstehen L. 62 pr. D. de adqu. her. (29, 2), L. 97 D. de condit. S. über diese cond. iurisiurandi Savigny a. a. O. S. 185 ff. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XIV. 12 (gleichzeitig). Controvers ist die Frage, ob und wie weit die Bedingung der Religionsänderung oder Nichtänderung unsittlich sey, vgl. Sell a. a. O. S. 142 ff. und Vangerow, Leitfaden I S. 110 ff.

o) L. 77 D. de R. I. (50, 17): Actus legitimi qui (*non*) recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem —.

p) L. 16 D. de cond. inst. (28, 7), L. 88 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 39 D. de manum. test. (40, 4).

nicht bestehend, betrachtet werden soll — das Geschäft ist ein unbedingtes, die Bedingung heißt Resolutivbedingung[q]). Pendente conditione besteht das Verhältniß nicht bey der Suspensivbedingung[r]), bey der resolutiven besteht es in voller Wirkung[s]). Diesen Stand der Sache perpetuirt die Deficienz der Bedingung, die Existenz der suspensiven ruft das davon abhängige Verhältniß ins Daseyn, die der Resolutivbedingung hebt es auf. Beide Wirkungen aber, die erzeugende und die auflösende, werden der Natur der Bedingungen gemäß so beurtheilt, als ob bey der Suspensivbedingung das Geschäft unbedingt errichtet worden wäre, bey der Resolutivbedingung, als ob es nie bestanden hätte: es entsteht rückwärts, und wird rückwärts aufgehoben (conditio existens retrotrahitur)[t]). Eine Modification aber tritt ein, wenn die Existenz

---

q) So z. B. L. 2 pr. D. de in diem add. (18, 2): Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est. — L. 1 D. de lege comm. (18, 3): Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. — Von der Resolutivbedingung ist der Fall zu unterscheiden, wenn der Erfolg der Aufhebung zum Gegenstand einer besondern Verabredung, bey welcher die Bedingung eine suspensive ist, gemacht wird, L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 2 C. de pact. inter emt. (4, 54), vgl. §. 299 a. E. — Ueber die Beschränkung der Resolutivbedingungen im früheren Recht s. Savigny III §. 127.

r) S. z. B. L. 8 pr. D. de peric. et comm. (18, 6), L. 13 §. 5 D. de pignor. (20, 1). (Eine weitläufige Ausführung dieses Satzes liefert: Götting, über das Wesen der Suspensivbedingung: Zeitschr. f. Civilr. und Prozeß. Neue Folge I. 6 [1845]. R.)

s) L. 66 D. de R. V. (6, 1), L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2), L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54).

t) L. 9 §. 1 L. 11 §. 1 D. qui pot. (20, 4), L. 16 D. de solut. (46, 3), L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 41 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2), L. 105 D. de condit. (35, 1) u. a. (Bestritten von Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851, und in Anwendung auf potestative Bedingungen von Trotsche, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XVIII S. 101—108, Schmidt, daselbst N. F. VII S. 381; eine vermittelnde Meinung stellt hier Windscheid auf: Archiv für civ. Pr. XXXV. 3. [1852] R.) Von der Anwendung auf die dinglichen Rechte s. noch §. 142. Ueber die bestrittene Frage wegen der Früchte der Zwischenzeit L. 6 pr. D. de in diem add. (18, 2), L. 4 pr. §. 1 L. 5 D. de lege commiss. (18, 3), L. 15 §. 6 L. 24 §. 1 D. ad L. Falcid. (35, 2). Einen besondern Fall s. §. 263 a. E. Vgl. Savigny III. S. 152 f. — Vgl. noch L. 42 pr. D. de O. et A. (44, 7): Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione

der Bedingung von der Willkür dessen, der Schuldner werden oder ein Recht verlieren soll, abhängt[u]).

Zeitbestimmungen[a]).

§. 62.

Die Zeitbestimmung (dies) hat mit der Bedingung gemein, daß sie ein künftiges Ereigniß enthält, sie unterscheidet sich aber dadurch, daß der Eintritt dieses Ereignisses nicht ungewiß, daher denn auch die Existenz des Verhältnisses nicht ins Ungewisse gestellt ist. Ein dies incertus ist eine, nur in der Form der Zeit ausgedrückte Bedingung[b]). Ein wahrer dies (certus) ist es, wenn das Erscheinen desselben gewiß ist, ungeachtet der Ungewißheit des Wann?[c]), nur kann durch die Verbindung mit einem ungewissen Umstand die Gewißheit des Eintritts aufgehoben, und der dies, der für sich certus wäre, zur Bedingung werden[d]). Umgekehrt macht die Gewißheit des Wann? allein den dies nicht zum certus[e]). Aus der von der Bedingung verschiedenen Natur folgt auch eine völlige Verschiedenheit der Wirkung; der dies trifft nicht unmittelbar die Existenz, sondern die Geltendmachung des Verhältnisses. Dieß gilt von einer Zeitbestimmung für den Anfang des Verhältnisses (ex die, in diem), welche also die Geltendmachung hinausschiebt[f]), und von der für die Beendigung (ad diem), wo das

---

non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. L. 27 pr. D. qui et a quib. man. (40, 9).

u) L. 9 §. 1 D. qui pot. (20, 4), L. 3 D. qu. mod. pignus (20, 6).

a) Savigny, System III. §. 125—127.

b) L. 75 D. de condit. (35, 1), L. 21 pr. D. quando dies leg. (36, 2).

c) L. 79 pr. D. de condit. (35, 1): Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere. L. 16. 17 D. de cond. indeb. (12, 6).

d) L. 79 §. 1 D. de condit. (35, 1): Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato, legatum sub conditione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum.

e) L. 22 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Modification durch eine andere Willensmeinung des Verfügenden. L. 46 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), L. 5 C. quando dies (6, 53).

f) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 38 §. 16 L. 46 pr. D. de

Recht nicht ipso iure aufhört, aber seiner Wirksamkeit (durch exceptio) beraubt wird[g]). Es giebt Rechtsgeschäfte, die keine Zeitbestimmung zulassen, so Erbeinsetzung, Erbschaftsantritt, obrigkeitliche Vormundsbestellung ꝛc. (§. 60 Note o).

Modus[a]).

§. 63.

Modus ist der Form nach die Nebenbestimmung, welche die Fassung: ut, damit — erhält[b]), dem Inhalt nach die eine Verwendung zu einem gewissen Zweck gebietet[c]), und sich dadurch von der Bedingung unterscheidet, daß sie auf der einen Seite das Daseyn des unter einem Modus gegebenen Rechts nicht suspendirt und beeinträchtigt[d]), auf der andern aber eine Verbindlichkeit zur Erfüllung erzeugt, vorausgesetzt daß dieß die Absicht war[e]).

V. O. (45, 1), eben so ist zu verstehen L. 41 §. 1 eod.: — dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur —.

g) L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1), §. 3 I. eod. (3, 15). Ausnahmsweise Wirkung ipso iure bey Verhältnissen, die an sich schon eine temporäre Natur haben, L. 1 §. 3 D. quib. mod. ususfr. (7, 4), L. 16 §. 2 D. fam. erc. (10, 2), L. 5 C. de usufr. (3, 33).

a) Savigny, System III §. 128. 129.

b) L. 80 D. de condit. (35, 1): Eas causas quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (Gl. alias deest non) pro conditionalibus observari oportet, eas vero quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum cui datum est: ut monumentum faciat. — Die Worte allein entscheiden nicht, sondern die Absicht des Disponenten, L. 1 C. de his qu. sub modo (6, 45): In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quo minus voluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere iussa es, quo minus id quod tibi relictum est, obtineas, non oberit. L. 17 §. 2 L. 44 D. de manum. test. (40, 4). — In einem allgemeinen Sinn heißt modus irgend eine Modification des Geschäfts, s. z. B. L. 44 §. 3 D. de O. et A. (44, 7), L. 72 D. de fideiuss. (46, 1), L. 92 D. de her. inst. (28, 5).

c) L. 19 D. de leg. III. (32), L. 17 §. 4 D. de condit. (35, 1), L. 41 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 58 §. 2 D. locati (19, 2), L. 1—3 C. de donat. sub modo (8, 55).

d) S. die Stellen Note b.

e) L. 41 pr. D. de contr. emt. (18, 1): — non poterit agi, ut conditio impleatur. — L. 71 pr. D. de condit. (35, 1): Titio centum ita ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cavere S. Caecilius

Fordern kann die Erfüllung (oder Caution wegen Erfüllung) der den Modus Setzende und seine Erben[f]), im Nothfall schreitet die Obrigkeit ex officio ein[g]).

(Der Modus ist nur eine besondere Erscheinung der Voraussetzung[h]) [causa, conditio, modus in diesem Sinne][i]), worunter technisch eine Selbstbeschränkung des Willens[k]) verstanden wird, welche zwar nicht seine Existenz und Geltendmachung, aber doch seine Wirksamkeit an ein gewisses Verhältniß knüpft[l]). Sie suspendirt und resolvirt weder Recht noch Klage, vielmehr begründet sie ein bloßes Gegenrecht, welches, wenn sie ermangelt, sowohl durch eine Einrede[m]) als durch Rückforderung des Geleisteten[n])

---

existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienetur. L. 13 §. 2 D. de don. inter vir. (24, 1).

f) L. 7 D. de annuis leg. (33, 1) und die Stellen Note c. Besteht der Modus darin, daß einem Dritten etwas zukomme, so behandelt das neuste Recht bey letztwilligen Dispositionen den Modus als Vermächtniß, L. 2 C. de his qu. sub modo (6, 45), und eben so giebt es bey Schenkungen dem Dritten eine Klage, L. 3 C. de donat. sub modo (8, 55).

g) L. 7 in f. D. de ann. leg. (33, 1), L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 92 D. de condit. (35, 1).

h) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts v. d. Voraussetzung. 1850.

i) Vgl. die Rubriken §. 59 a, §. 72 a, §. 307 a. Etwas Anderes ist 1) causa als Beweggrund §. 55. 307 c., L. 2 §. 7 L. 3 D. de donat. (39, 5), L. 25 C. de iure dot. (5, 12); 2) als Rechtfertigungsgrund (iusta causa) L. 2 §. 3 D. de doli exc. (44, 4), L. 1 D. de cond. sine causa (12, 7). Conditio und modus sind nur gelegentliche Beziehungen der Voraussetzung. Windscheid, §. 4 S. 41 f. 56 f.

k) Darin liegt der Unterschied von der Verpflichtung des Empfängers, die übrigens zugleich Bedingung seyn kann, z. B. von einer gegenseitigen Obligatio §. 308 c.

l) Voraussetzungen können sich aus der Natur des Geschäfts von selbst verstehen, so ist die Gültigkeit und Nichtvollziehung des Vertrags Voraussetzung der arrha §. 254 c., die Existenz einer Schuld V. der Zahlung §. 309, die Eheschließung V. der Brautgabe §. 415 c.

m) Exceptio doli L. 2 §. 3 D. de doli exc. (44, 4), L. 71 §. 3 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 7 D. de fideic. lib. (40, 5). Die Voraussetzung darf daher nicht erst bey den Condictionen §. 307 ff. erwähnt werden. — Wegfall der Exceptio, wenn für Erfüllung der Auflage Sicherheit angeboten wird: §. 533 c. d.

n) Condictio: §. 307—312. Bonae fidei actio: L. 17 §. 5 D. de com-

geltend gemacht werden kann[o]). Im Zweifel ist jedoch einem Vorbehalt die stärkere Wirkung der Bedingung beizulegen[p]). Unerlaubte und unmögliche Voraussetzungen werden bei letzten Willen[q]), unmögliche auch bei Schenkungen[r]) für ungeschrieben erachtet, bei Geschäften unter Lebenden gelten sie als ermangelnd, außer wenn die turpitudo [§. 310] oder die Schuld des Nichterfolgens einer Handlung nicht den Empfänger trifft[s]). R.)

2. Die Erklärung.

§. 64.

Die Erklärung des Willens bildet den Körper, ihre Form die Form des Rechtsgeschäfts. Diese Form ist entweder willkürlich, nur daß sie dem Willen entspreche, als eine Manifestation desselben gelten könne, oder rechtlich vorgeschrieben: bestimmte Form, solenne Rechtsgeschäfte. Solche Formen sind: Nothwendigkeit

---

mod. (13, 6), L. 8 L. 11 §. 6 D. de act. emt. (19, 1). Damit kann auch Cession der Vindicatio des Empfängers gefordert werden, daher die utilis vindicatio. L. 29 D. de mortis c. d. (39, 6). — Die concurrirende actio praescriptis verbis auf Rückgabe oder Erfüllung §. 313 und die Klage des Dritten, Note f, entspringt nicht aus der Voraussetzung. — Ausschluß der Rückforderung durch doppelseitigen Vertrag §. 308 c.

o) Irrthum des Leistenden ist nur erforderlich, wenn die Voraussetzung gleich anfangs ermangelt §. 309. 528 d. L. 11 §. 6 D. de act. emt. (19, 1).

p) Dieß ergeben die Auslegungsregeln §. 66 w—z, welche Windscheid S. 144 unrichtig anwendet. Vgl. auch L. 10 §. 4 L. 21 L. 68 D. de iure dot. (23, 3), L. 1 C. de don. quae sub modo (8, 55), L. 15 C. de don. ante nupt. (5, 3). Die Entscheidung in L. 8 D. de iure dot. (23, 8), L. 1 §. 2 D. pro dote (41, 9) steht mit der ältern Beschränkung der Resolutivbedingungen (§. 61, 9) in Verbindung, s. L. 34 pr. D. de poss. (41, 2).

q) L. 7 D. de ann. leg. (33, 1), L. 37 D. de cond. et dem. (35, 1), Conversion der Auflage L. 16 D. de usu leg. (33, 2).

r) L. 8 C. de cond. ob causam (4, 6).

s) L. 8 §. 7 D. de cond. inst. (28, 7), L. 5 §. 1. 2 D. praescr. verb. (19, 5), L. 3 §. 3 L. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4), L. 10, 11 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6) §. 308 e. Die entgegenstehende L. 16 D. de cond. caus. d. c. n. s. (12, 4) gehört dem ältern Recht vor Ausbildung der actio praescriptis verbis an. — Unbedingte Rückgabe bey Voraussetzung einer bestimmten Verwendung, L. 2 §. 7 D. de don. (39, 5), L. 20 §. 1 D. de bonis lib. (38, 2), L. 7 L. 24 §. 12—16 D. de fid. lib. (40, 5), L. 17 pr. D. de leg. 2 (31).

mündlicher Rede, überhaupt oder sogar mit der Vorschrift gewisser Worte; Verbindung anderer, namentlich symbolischer Handlungen mit der Rede; Schrift, überhaupt oder mit besondern Modalitäten; Zuziehung von Zeugen (Solennitätszeugen, die durch Aufforderung, rogatio, dazu gemacht seyn und freiwillig der Handlung beiwohnen müssen); Mitwirkung eines Notars, d. h. einer öffentlichen Person, die durch ihre Mitwirkung Urkunden die Eigenschaft öffentlicher zu geben vermag[a]); Mitwirkung des Richters, die gewöhnlichste Form der neueren Zeit[b]). Die willkürliche Form ist für das neueste Recht als Regel zu betrachten. Eine Erklärung kann nicht allein durch Mittel geschehen, die bloß zu diesem Zweck gebraucht werden, ausdrückliche Erklärung[c]), sondern auch durch Handlungen, die zugleich eine andere Bestimmung haben, aus denen aber der Wille erschlossen werden kann, stillschweigende Erklärung[d]). Ob eine Handlung diese Eigenschaft einer „concludenten" habe, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall[e]). Auch das bloße Stillschweigen kann unter besondern Umständen eine Willenserklärung seyn[f]). Das Mittel, der nachtheiligen Auslegung einer Handlung als Willenserklärung entgegenzuwirken, ist die Protestation.

---

a) Die Grundlage des gemeinen Rechts über die Thätigkeit der Notarien ist die Notariatsordnung K. Maximilian's: R. A. v. 1512. Vergl. F. Oesterley, das deutsche Notariat nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und mit Berücks. der in den D. Bundesstaaten gelt. part. Vorschr. 2 Thle. 1842. 1845. Th. I: Geschichte des Notariats 1842. Th. II: Das geltende Recht 1845.

b) W. H. Puchta, Handbuch des Verfahrens in nichtstreit. Rechtssachen 2. Aufl. 1831. 2 Bde.

c) Mündliche und schriftliche Worte, sofern sie lediglich diese Bestimmung haben, eben so eine Geberde. L. 6 D. de reb. cred. (12, 1), L. 52 §. 10 D. de O. et A. (44, 7), L. 17 D. de novat. (46, 2).

d) Savigny, System III §. 131. 132.

e) Beispiele aus dem geschriebenen Recht s. b. Savigny a. a. O.

f) Vgl. z. B. L. 60 D. de R. I. (50, 17), L. 12. 16 D. ad S. C. Maced. (14, 6), L. 19 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 1 §. 4 D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 8 §. 15 D. qu. mod. pign. (20, 6). L. 142 D. de R. I. (50, 17): Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Als Regel falsch ist die regula Bonifacii VIII c. 43 de R. I. in VI: qui tacet, consentire videtur.

3. Uebereinstimmung von Wille und Erklärung.

§. 65.

Das Rechtsgeschäft setzt einen auf den Gegenstand und Zweck desselben gerichteten Willen und die Erklärung desselben voraus. Eine Nichtübereinstimmung beider, sey sie absichtlich oder nicht, und liege der Mangel in dem Willen oder in der Erklärung, schließt die Existenz des Rechtsgeschäfts aus. Unter den Fällen der absichtlichen Nichtübereinstimmung, welche den wissentlichen Mangel eines der Erklärung entsprechenden Willens gemein haben[a]), zeichnet sich der Fall der Simulation, der zur Verhüllung des wahren Willens gewählten nichtentsprechenden Erklärung, aus[b]). Niemals gilt das simulirte Geschäft, die Annahme eines andern an seiner Stelle hängt von dem Daseyn der Erfordernisse: eines gültigen Willens und einer gültigen Erklärung ab[c]).

Eine unabsichtliche Nichtübereinstimmung kann hervorgebracht werden 1) durch einen Irrthum, welcher die Wirkung hat, den zu dem Geschäft erforderlichen Willen des Handelnden auszuschließen[d]). Diese Wirkung hat ein Irrthum a) über die Person, auf die sich die Verfügung bezieht, wenn der Handelnde eine andere meint, als für die er sich erklärt hat[e]); b) über die Identität des Gegenstandes (error in corpore)[f]), wohin nicht bloß der

---

a) L. 3 §. 2 D. de O. et A. (44, 7): Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur, nec enim si per iocum puta vel demonstrandi causa ego tibi dixero: spondes? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio. L. 24 D. de testam. mil. (29, 1).

b) Cod. IV. 22: plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. L. 6 §. 7 D. de adqu. her. (29, 2), L. 54 D. de O. et A. (44, 7). Vgl. Savigny, System III §. 134. (Funke, über Käufe die zur Sicherstellung von Schuldforderungen abgeschlossen werden: Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1852. No. 5. R.)

c) S. z. B. L. 3 C. de contr. emt. (4, 38), L. 5 §. 5 L. 7 §. 6 D. de donat. inter vir. (24, 1).

d) Es ist nur diese Wirkung, auf die es hier ankommt, und zu der sich der Irrthum nur als zufällige Veranlassung verhält. Auch ohne diese Veranlassung würde die Nichtexistenz des Willens dieselbe Folge der Nichtigkeit des Geschäfts haben. Savigny, System III §. 135—139.

e) L. 9 pr. D. de hered. inst. (28, 5), L. 32 D. de reb. cred. (12, 1).

f) L. 9 §. 1 D. de hered. inst., L. 9 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 137 §. 1 D. de V. O. (45, 1), L. 10 C. de donat. (8, 54), L. 34

Irrthum über das Individuum, sondern auch über die Gattung und die Quantität gehören kann[g]), ja unter Umständen sogar der Irrthum über eine Eigenschaft des Gegenstandes, wenn dieser nämlich von der Art ist, daß jene Eigenschaft im Verkehr der Bedeutung der individuellen Identität gleichsteht[h]); andere die Per-

---

pr. D. de adqu. poss. (41, 2). Ausnahme bey dem Irrthum des Beklagten über den Proceßgegenstand. L. 83 §. 1 D. de V. O.

g) L. 52 D. loc. (19, 2): Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

h) L. 9 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1): Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit libro VI. Dig. emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* i. e. substantia est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma i. e. intinctus, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur (Ulp.). L. 10 eod.: aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet (Paul.). L. 11 §. 1 eod.: Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emtio valebit, in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emtio, nulla venditio est (Paul.). L. 14. 41 §. 1 eod. — L. 45 eod.: Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit, quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet (Marcian.). L. 22 D. de V. O. (45, 1): Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine; quoniam in corpore consenserimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris (Paul.). (Renaud, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 10 [1845]. R.) (Zur Identität des Rechts gehört auch die Beziehung zu diesem bestimmten Inhaber: es ist ein dem error in corpore analoger, die Uebereinstimmung des Willens und der Erklärung ausschließender Irrthum, wenn Jemand das Eigenthum einer Sache übertragen zu wollen erklärt, in der Meinung, es stehe einem Andern zu, während es ihm selbst gehört. Vgl. §. 148 i. R.)

son oder den Gegenstand betreffende Irrthümer haben jene Wirkung nicht[i]); c) über das Geschäft überhaupt, so daß der Wille des Handelnden gar nicht auf dieses Geschäft gerichtet war[k]), und bey Verträgen noch d) über den Willen des andern Theils über diese Punkte, wodurch die Uebereinstimmung ausgeschlossen wird.

Der Mangel der Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung kann 2) auf Seiten der Erklärung liegen, wenn sie nämlich so unvollkommen ist, daß sie nicht als eine Erklärung des (wenn auch vielleicht anderswoher bekannten) Willens gelten kann[l]), während eine Unvollkommenheit, die sich als bloße unrichtige Beschreibung auffassen läßt (falsa demonstratio), die Existenz einer Erklärung nicht ausschließt[m]).

§. 66.

Wenn Wille und Erklärung mit einander übereinstimmen, so kann noch eine Unvollkommenheit der zweiten über ihren Sinn, d. h. über die Beschaffenheit des ersten, Zweifel übrig lassen. Das Princip der Interpretation von Rechtsgeschäften ist: Wille und Erklärung sind zugleich wesentlich, ohne Erklärung ist der Wille, ohne den Willen ist die Erklärung bedeutungslos[n]).

---

i) So Irrthum über den Namen, L. 9 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10 , L. 4 C. de testam. (6, 23), L. 4 pr. D. de leg. I. (30): — quodsi quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi. — Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia, über die Güte (Note h), Accessionen, L. 34 pr. D. de contr. emt., den Umfang überhaupt, L. 57 §. 1. 2 eod. L. 4 §. 1 L. 38 pr. L. 42 de A. E. V. (19, 1).

k) L. 9 pr. D. de contr. emt., L. 3 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 18 D. de rebus cred. (12, 1). Nicht diese Wirkung hat der Irrthum in den Motiven zu dem Geschäft (falsa causa) s. §. 57, mit Ausnahme einiger Fälle bey letztwilligen Verfügungen. Savigny, System III Beil. VIII. 17.

l) L. 73 §. 3 D. de R. I. (50, 17), L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10), L. 4 pr. D. de leg. I (Note i).

m) L. 17 §. 1 L. 34 pr. D. de condit. (35, 1). Das Niederschreiben einer größeren oder geringeren Quantität, als erweislich die Absicht war, wird nach dem wirklichen Willen des Verfügenden rectificirt. L. 9 §. 2—4 D. de hered. inst. (28, 5).

n) L. 9 pr. D. eod., L. 3 D. de reb. dub. (34, 5): In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus. itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.

Die Grundlage für die Interpretation einer Willenserklärung sind die Worte oder sonstigen Mittel des Gedankenausdrucks (§. 64). Die Worte sind zunächst in ihrem natürlichen und gewöhnlichen Sinne zu nehmen, es ist zu vermuthen, daß der Sprechende sich der Sprache nach ihrem gemeinen Gebrauch bedient hat[o]). Giebt dieser einen annehmbaren und sicheren Sinn, so ist es unzuläßig, ihn aus anderswo gesuchten Gründen in Frage zu stellen, außerdem würde die beste Wahl des Ausdrucks nicht gegen Mißinterpretation sicher stellen[p]).

Auf der andern Seite haben die Worte doch nur dadurch eine Bedeutung, daß sie den Willen des Sprechenden enthalten[q]). Dieß kommt vornehmlich zur Anwendung, wenn die Worte zweideutig sind. Dabey ist dann nicht darauf zu sehen, was nach dem gemeineren Sprachgebrauch in ihnen liegt, oder wie Andere sie verstanden haben, sondern was der Sprechende damit ausdrücken wollte[r]). Haben die Worte nach den Orten eine verschiedene Bedeutung, so wird, wenn der Wille des Handelnden nicht auf andere Weise entschieden ist, der Sprachgebrauch des Geschäftsorts entscheiden, vorausgesetzt daß eine Befolgung desselben durch den Sprechenden wahrscheinlich ist (was z. B. bey Fremden nicht immer der Fall seyn wird)[s]). Bey einem Geschäft unter Entfernten wird es theils nach diesem, theils nach dem Grundsatz, daß der Sinn des Sprechenden entscheidet, auf den Sprachgebrauch am Ort des Proponenten ankommen[t]).

Bleibt nach allem dem ein Zweifel zurück, so ist der Sinn anzunehmen, den der Handelnde mit seinem Ausdruck verbunden haben muß, wenn er als ein verständiger Mann gehandelt

---

o) L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10).

p) L. 25 §. 1 D. de leg. III (32): Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 69 pr. eod.

q) L. 7 §. 2 D. de supell. leg.: — nemo existimandus est dixisse quod non mente agitaverit. — L. 3 C. de lib. praet. (6, 28): — cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. L. 219 D. de V. S. (50, 16).

r) L. 96 D. de R. I. (50, 17), L. 69 §. 1 D. de leg. III (32).

s) L. 65 §. 7 D. eod., L. 18 §. 3 D. de instr. leg. (33, 7), L. 34 D. de R. I. (50, 17).

t) Vgl. Wächter, über Auslegung der unter Abwes. geschl. Verträge, Archiv für civ. Prax. XIX. 5.

hat[u]), daher der, bey dem das Geschäft bestehen kann[v]). Sodann ist im Zweifel das Geringere[w]), das weniger Belästigende[x]) anzunehmen, also zum Vortheil des Verpflichteten zu interpretiren[y]). Dieß hat bey Verträgen auch den Grund, daß der Gläubiger die Hauptperson ist, welcher die genaue Fassung vorzugsweise obliegt, und so wird auch bey gegenseitigen Verträgen, wo beide Theile Verpflichtete sind, im Zweifel zum Nachtheil dessen, der als Hauptperson gilt, interpretirt[z]).

Endlich giebt es gewisse causae favorabiles, für die man im Zweifel interpretiren muß, so die Freiheit[aa]), die Dos zu Gunsten der Frau[bb]), letztwillige Anordnungen, welche um den Willen des Testators nicht zu verfehlen, eher zu Gunsten des Honorirten[cc]), und vor allem zur Aufrechthaltung der Verfügungen auszulegen sind[dd]).

C. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 67.

Ein Rechtsgeschäft ist ungültig, wenn der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses entweder von Anfang seine wirksame Errichtung ausschließt, oder, so es ohne einen solchen Mangel errichtet worden ist, sein Fortbestehen hindert[a]). In beiden Fällen kann

---

u) L. 67 D. de R. I. (50, 17).

v) L. 12 D. de reb. dub. (34, 5), L. 80 D. de V. O. (45, 1).

w) L. 9 D. de R. I.: Semper in obscuris quod minimum est sequimur.

x) L. 56 eod.: Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.

y) L. 38 §. 18 D. de V. O. (45, 1): In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

z) L. 39 D. de pact. (2, 14): Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

aa) L. 179 D. de R. I. (50, 17).

bb) L. 85 eod.

cc) L. 12 eod.

dd) L. 24 D. de reb. dub. (34, 5).

a) Nicht jedes Hinderniß seiner Entstehung ist auch ein solches seiner Fortdauer, vgl. L. 85 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 3 §. 2 D. de his qu. pro non scr. (34, 8): — quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1): — et maxime

die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit, Nullität seyn, wenn dem sie verursachenden Umstand die Wirkung beigelegt ist, die Existenz des Geschäfts unmittelbar (ipso iure) auszuschließen[b]), oder Anfechtbarkeit, Rescissibilität, wenn der sie verursachende Umstand einer Person das Recht giebt, das Geschäft in seinen Wirkungen als nichtbestehend zu behandeln, so daß es als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht[c]). Die Anfechtung geschieht regelmäßig durch ein gerichtliches Rechtsmittel, möglicherweise kann aber auch einer außergerichtlichen Erklärung diese Wirkung beigelegt seyn[d]).

Ein Rechtsgeschäft kann theilweise ungültig seyn, entweder so, daß die gültigen Bestandtheile noch immer dasselbe Geschäft[e]), oder so, daß sie ein anderes bilden, eine Conversion des Geschäfts

---

secundum illorum opinionem, qui etiam ea quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140 §. 2 eod. Vgl. Savigny, System IV S. 553 f.

b) Wo der Grund der Ungültigkeit ein gesetzliches Verbot ist, nahmen die älteren Römer Nichtigkeit nur dann an, wenn diese Folge von dem Gesetz bestimmt ausgesprochen war (lex perfecta), nach neuerem Recht ist dieß nicht nöthig. L. 5 C. de legib. (1, 14). Uebrigens hat die fraudulose Umgehung des Gesetzes dieselbe Folge, wie die unumwundene Gegenwirkung. L. 29 D. de legib. (1, 3): Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. L. 30 eod.

c) Es wäre denkbar, daß auch bey der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten der Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis, und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dieß fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bey der Ehe und im Proceß.

d) Es ist kein zureichender Grund vorhanden, diesen letzten Fall (der nicht mit dem der Note c identisch ist) zur Nullität zu rechnen, wofür man den Ausdruck: relative Nullität erfunden hat, s. z. B. Brandis, über absolute und relative Null., Zeitschr. für Civilr. und Civilproc. VII. 4. 5. Wirkliche Nullitätsfälle dieser Art müßten als bedingte Nullität aufgefaßt werden.

e) L. 1 §. 5 D. de V. O. (45, 1): Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto. nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. L. 9 pr. D. de usur. (22, 1). Vgl. L. 178 D. de R. I. (50, 17): Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

eintritt [f]). Ein ungültiges Geschäft kann aber auch durch nachheriges Wegfallen des Hindernisses convalesciren, was bey nichtigen Geschäften die seltene Ausnahme [g]), bey rescissibeln eine in der Natur dieser Art von Ungültigkeit liegende Möglichkeit ist.

D. Von Schenkungen [a]).

1. Begriff.

§. 68.

Unter den Rechtsgeschäften sind die Veräußerungen (§. 48) ausgezeichnet, unter diesen wieder die, welche eine reine Minderung des Vermögens, nicht bloß specifisch, sondern auch dem Werth nach enthalten, Liberalitäten. Kommt zu diesem Moment noch die Bereicherung eines Andern (lucrativa causa), welche von dem Veräußerer beabsichtigt ist (animus donandi), und mit welcher Absicht auch der Empfänger übereinstimmt, so ist das Geschäft eine Schenkung, donatio [b]), welche übrigens, jene Momente vorausgesetzt, die

f) L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5), L. 8 pr. 19 pr. D. de acceptil. (46, 4), vgl. L. 1 §. 4 D. de const. pec. (13, 5). (Römer, Archiv für civ. Pr. XXXVI. [1853] 4. R.)

g) L. 42 D. de usurp. (41, 3), L. 38 D. de adopt. (1, 7). Die Regel enthält L. 29 D. de R. I. (50, 17): Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. L. 201 eod., L. 83 §. 5 L. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 17 §. 4 D. de pact. (2, 14).

a) Inst. II. 7., Dig. XXXIX. 5, Cod. VIII. 54 de donationibus. v. Meyerfeld, die Lehre v. d. Schenkungen nach R. R. Bd. I 1835. Bd. II Abth. 1 1837. v. Savigny, System IV §. 142—176.

b) Minderung des Vermögens, L. 3 D. pro don. (41, 6), L. 28 §. 2 L. 31 §. 1. 10 D. de don. inter vir. (24, 1), L. 5 §. 13. 14 L. 31 §. 6, 7 eod., L. 6 §. 2—5 L. 18 D. quae in fraud. cred. (42, 8), L. 1 §. 6—8 D. si quid in fraud. p. (38, 5), L. 23 pr. D. de donat. (39, 5): — creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Savigny a. a. O. §. 145—147. — Bereicherung, L. 1 §. 19 si quid in fraud. p., L. 18 cit. L. 1 §. 1 D. qu. mod. pign. (20, 6), L. 5 §. 8 L. 21 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 9 §. 3 eod.: Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur. — Liberalität, L. 29 pr. eod.: Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. — Animus donandi, L. 1 pr. 18 §. 1 eod., L. 18. 21 pr. 31 §. 3 D. de don. inter vir. L. 27 D. de donat.: Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo

verschiedensten Formen: einer Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, einer Forderung gegen den Schenker (Schenkungsversprechen), des Aufgebens eines Rechts u. s. f. annehmen kann. Die Schenkung bezieht sich auf keine einzelne Classe von Rechten ausschließlich[c]), sie kann die causa für Veränderungen in allen Vermögensrechten seyn[d]).

2. Donatio inter vivos.

a. Erfordernisse.

§. 69.

Die Schenkung geschieht unter Lebenden, wenn sie entweder sofort vollendet wird, oder wenigstens vor dem Tod des Schenkers perfect werden kann. Die Errichtung eines Geschäfts unterliegt besonderen Beschränkungen darum, daß es unter den Begriff einer Schenkung fällt. 1) Personen, die nicht veräußern können, oder die wenigstens nicht zu einer Liberalität befugt sind, können auch nicht schenken, nämlich die Administratoren fremder Güter: Procuratoren (§. 53), Vormünder[a]), Filiifamilias[b]); dieß haben die

---

eoque uti — — dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum —. L. 34 §. 1 eod.: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, (si tamen donatio et) non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit (cf. Paul. sent. V. 11, 6). L. 18 pr. §. 1 eod.: — cum mixtum sit negotium cum donatione —. L. 5 §. 5 D. de don. inter vir. — Zustimmung des Beschenkten, L. 19 §. 2 D. de don.: Non potest liberalitas nolenti adquiri. Puchta, Cursus der Justit. II §. 205 Note p.

c) Vgl. Savigny, §. 155—158. Pollicitation und Votum werden niemals als eigentliche Schenkung behandelt. L. 3 §. 1 D. de pollic. (50, 12), L. 19 pr. D. de donat. (39, 5).

d) Die jetzt gewöhnliche Methode, die Lehre von den Schenkungen zu den Obligationen zu stellen (wie früher zu dem Eigenthum, nach dem Beispiel der Institutionenordnung, in der dieß einen historischen Grund hatte), ist ganz geeignet, den wahren Begriff der Sache zu verdunkeln; gerade bey der einfachsten und natürlichsten Art zu schenken, die im sofortigen Hingeben zu Eigenthum besteht, kommt gar keine Obligatio vor. Zuletzt läßt sich jene Stellung wohl auf den Irrthum, bey jedem Vertrag an ein obligatorisches Verhältniß zu denken (§. 54), als ihre eigentliche Veranlassung zurückführen.

a) L. 22. 46 §. ult. D. de admin. tut. (26, 7).

b) L. 7 D. de donat. (39, 5), L. 28 §. 2 D. de pact. (2, 14).

Schenkungen mit andern Liberalitäten gemein. 2) Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig. 3) Schenkungen über 500 solidi (nach heutigem gemeinen Recht: Ducaten zu $2^2/_3$ Thaler oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß — $2^4/_5$ preuß. Thaler) sind auf den Ueberschuß nichtig, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt sind[c]). Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf mehrere successive kleinere Schenkungen unter denselben Personen[d]), noch auf die Schenkung einer nicht schon für ein Jahr das gesetzliche Maß übersteigenden Rente, wenn sie nicht auf die Erben, weder des Schenkers noch der Beschenkten übergehen soll[e]). Manche Fälle aber sind noch besonders ausgenommen: 1) Schenkungen von dem Regenten und an ihn[f]); 2) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen[g]); 3) zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude[h]); 4) Bestellung einer dos, sofern darin eine Schenkung an die Frau liegt[i]).

c) L. 34—36 C. de donat. (8, 54). Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. I. 1. Ueber das ältere Recht der Lex Cincia und ihrer späteren Modificationen s. Puchta, Cursus der Instit. II §. 206. — Dagegen hat Justinian umgekehrt ein Rechtsgeschäft für den Fall, daß es donationis causa geschlossen wird, erleichtert: ein Schenkungsversprechen soll keiner Stipulation bedürfen, sondern als bloßes pactum klagbar seyn. L. 35 §. 5 C. de donat., §. 2 I. eod. (2, 7).

d) L. 34 §. 3 C. eod.

e) L. 34 §. 4 C. eod.: Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestare tantae summae, quae non excedit legitimum donationis modum — — si huiusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur, vel dantis vel accipientis, et multae intelligantur donationes et liberae a monumentorum observatione —. Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit (Cujacius vel *non* adi., Savigny aus H. S. vel adi. t. v. *heredum* vel don.), tunc ei quasi perpetuata donatione, et continuatione eius magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intelligatur, et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, et omnimodo acta deposcere et aliter minime convalescere.

f) L. 34 pr. C. eod., Nov. 52 c. 2. Vgl. über den Inhalt dieses Gesetzes Osenbrüggen, zur Interpr. des Corpus Jur. (1842) Cap. 3. — Auch die Schenkungen beweglicher Sachen durch einen magister militum (obersten Befehlshaber) an die ihm untergebenen Soldaten waren ausgenommen. L. 36 §. 1 C. eod.

g) L. 34 pr. L. 36 pr. C. eod.

h) L. 36 §. 2 C. eod.

i) L. 31 pr. C. de iure dot. (5, 12). Für den Mann ist die Bestel-

b. Wirkungen.

§. 70.

Es ist eine Eigenthümlichkeit der Schenkung, daß eine unter diesen Begriff fallende Veräußerung aus gewissen besonderen Gründen widerrufen werden kann [a]): 1) wegen Undanks des Beschenkten d. h. a) thätlicher Injurien, b) grober sonstiger Injurien (fällt bey der zur zweiten Ehe geschrittenen Mutter hinsichtlich der Schenkungen an die Kinder erster Ehe weg), c) Lebensgefahr, in die er den Schenker gebracht hat, d) absichtlicher Zufügung eines nicht unbedeutenden Vermögensnachtheils (bey der mater binuba Versuch gänzlicher Vermögensentziehung), e) Nichterfüllung des bey der Schenkung Versprochenen (fällt bey der mater binuba weg) [b]). Die Widerrufsklage ist eine persönliche, die überdieß nur auf Vindicta und daher nicht auf und gegen die Erben geht [c]). 2) Wegen nachgeborner Kinder bey der von dem kinderlosen Patron an Freigelassene gemachten Schenkung [d]).

Die Forderung, die aus einem Schenkungsversprechen entspringt, hat einiges Besondere in ihren Wirkungen: in Beziehung

---

lung der Dos nie eine Schenkung; eben so ist es nicht die donatio propter nuptias, Nov. 119 c. 1, doch ist später vorgeschrieben worden, daß zwar nicht für die Rechte der Frau, aber für die des Mannes hinsichtlich dieser d. p. n. die Insinuation eine wesentliche Voraussetzung seyn soll, Nov. 127 c. 2. (Ueber die Ausnahme der piae causae L. 34 pr. C. de don. 8, 54. Gegen die Anwendung, mit Ausnahme der in L. 19 C. de s. s. eccl. 1, 2 genannten: v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. 1853 XI Num. 4. R.)

a) Cod. VIII. 56: de revocandis donationibus.

b) L. ult. C. eod., Nov. 22 c. 35. Ganz des Widerrufs gehen verlustig Mütter, die sich einem sittenlosen Wandel ergeben. L. 7 C. eod.

c) L. 7. 10 C. eod. (So ist der „vindicationis effectus" in der ersten Stelle zu verstehen. Vgl. §. 88 c. Num. 8. R.)

d) L. 8 C. eod. Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes vgl. Puchta, Cursus der Instit. II §. 206. Seine Anwendung auf andere Schenker, vorausgesetzt eine Schenkung von dem Belang, daß eine Unterlassung derselben bey Voraussicht jenes Ereignisses anzunehmen ist, ist durch eine sichere Praxis entschieden. Faber, codex defin. forens. VIII. 38, 2—10. III. 20, 3. Lauterbach, coll. th. pr. XXXIX. 5, 53 sqq. Berger, oecon. iur. II. 2, 29. Hofacker, princ. II. §. 1003. — Die andern Personen (den Gläubigern, den Notherben) zuständige Revocation gehört nicht hierher.

auf Eviction und Mängel der Sache; es werden keine Verzugszinsen geleistet[e]); die Wohlthat der Competenz tritt ein, und zwar mit einer in andern Fällen nicht anwendbaren Erweiterung (§. 244).

c. Besondere Arten.

§. 71.

Eine Schenkung, welcher das Motiv der Dankbarkeit zu Grunde liegt, nennt man eine remuneratorische[a]). Die Umstände können von der Beschaffenheit seyn, daß eine solche Gabe rein als eine Belohnung (wenn auch ein rechtlicher Anspruch des Empfängers nicht behauptet werden kann) erscheint, dann ist sie gar keine wahre Schenkung[b]). Abgesehen von diesem Fall unterliegt sie den Grundsätzen von der Schenkung, jenes Motiv allein entzieht ihr den Charakter einer wahren Schenkung nicht[c]).

In der donatio sub modo ist die Schenkung mit einer Verpflichtung des Empfängers gemischt[d]). Daß es eine Schenkung ist, hat auf die Verpflichtung Einfluß[e]), umgekehrt wird durch die Verpflichtung die Schenkung modificirt, insofern nur das, was nach der Erfüllung als Bereicherung übrig bleibt, als Betrag der Schenkung betrachtet werden kann[f]).

---

e) L. 22 D. de donat. (39, 5): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

a) Vgl. darüber Savigny, System IV §. 153. Meyerfeld I §. 19.

b) L. 27. 34 §. 1 D. de donat. (39, 5), s. §. 68 Note b.

c) S. L. 10 §. 13 L. 12 D. mand. (17, 1). Irrthümer, die vornehmlich durch Generalisirung der Fälle der Note b entstanden sind: 1) die rem. Sch. unterliege keiner der besondern Schenkungsbeschränkungen, 2) sie unterliege wenigstens nicht der Insinuation und der Revocation, 3) nur nicht der Revocation wegen Undanks, was die Meisten annehmen.

d) Cod. VIII. 55: de don. quae sub modo etc. conficiuntur. Savigny §. 175.

e) Condictio causa data causa non secuta. L. 3. 8 C. de cond. ob caus. (4, 6); Wegfall derselben, wenn die Erfüllung ohne Schuld des Empfängers ausbleibt. L. 8 cit. L. 18 pr. §. 1 D. de donat. (39, 5); Undanksrevocation wegen Nichterfüllung §. 70; in einem Fall Vindication, L. 1 C. h. t. (8, 55).

f) Unrichtig ist es, die donatio sub modo überhaupt von der Insinua-

Die Schenkung kann das ganze gegenwärtige Vermögen zum Gegenstand haben[g]), welches nach Abzug der Schulden verstanden wird. Sie bewirkt keine Universalsuccession[h]).

3. Mortis causa donatio[a]).

§. 72.

Schenkung auf den Todesfall ist eine Schenkung, deren Perfection von dem Tod des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie kraftlos ist, wenn dieser den Beschenkten überlebt[b]), außerdem können noch andere Gründe der Unwirksamkeit gesetzt seyn, so namentlich, was als Regel zu vermuthen ist, willkürlicher Widerruf[c]). Geschieht die Schenkung durch Uebertragung eines Gegenstands auf den Beschenkten, so enthält sie zugleich für den Fall der Entkräftung eine Verpflichtung zur Zurückgabe[d]). Diese Schenkung hat eine große factische Aehnlichkeit mit dem Vermächtniß, und sie ist in vielen und wichtigen Punkten mit ihm gleichgestellt (§. 552), der wesentliche Unterschied ist, daß sie keine Gabe aus der Erbschaft ist, also keine Beerbung des Schenkers voraussetzt[e]).

---

tion und Revocation auszunehmen, wie Mühlenbruch, Lehrb. §. 443 mit Andern thut.

g) Schenkung des gegenwärtigen und zukünftigen? Savigny §. 159 und Andere sind, ohne hinreichenden Grund, gegen ihre Zulässigkeit.

h) Vgl. L. 72 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. 35 §. 4 C. de donat. (8, 54.)

a) Dig. XXXIX. 6: de mortis causa donationibus et capionibus. Cod. VIII. 57: de don. m. c. Hasse, Rhein. Mus. II S. 300—366. III S. 1—22. 371—417 (1828). v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. II. 4 (1828). Wiederhold, das. XV. 4 (1841). Savigny §. 170—174.

b) L. 32 D. h. t.: non videtur perfecta mortis causa donatio facta, antequam mors insequatur. L. 1 eod.: M. c. donatio est, cum quis habere se vult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum. L. 26. 27. 35 §. 2 eod.

c) L. 2—7. 16. 30. 35 §. 3. 4 eod.

d) L. 19 pr. D. de reb. cred. (12, 1). Condictio, L. 35 §. 3 D. h. t. Actio praescriptis verbis, L. 18 §. 1 L. 30 eod. (L. 42 pr. eod. Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 11. S. 203 f. Anders Keller, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 12 [1845]. R.) Vindication, L. 29 eod.

e) L. 38 D. eod.: — mortis causa donatur quod praesens praesenti dat. —

III. Zeit als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten[a]).

A. Wirkungen der Zeit.

§. 73.

Die juristischen Thatsachen stehen sämmtlich in der allgemeinen Verbindung mit der Zeit, daß sie in dieselbe fallen; dadurch allein wird natürlich die Zeit keine juristische Frage. Anders, sofern es von Belang ist, in welchen Zeitabschnitt sie fallen. Der Zeitabschnitt ist von Wichtigkeit 1) durch die Vorschrift, daß gewisse Geschäfte an gewissen Tagen nicht sollen vorgenommen werden können, gerichtliche Handlungen nämlich nicht an den Festen, feriae[b]), 2) durch die gesetzliche, richterliche oder privatwillkürliche Festsetzung von Terminen und Fristen für die Vornahme von Handlungen, oder den Eintritt von Ereignissen, wenn sie gewisse Wirkungen haben sollen, 3) durch die rechtlichen Wirkungen, welche einer gewissen Dauer von Zuständen — z. B. des Lebens (§. 23), des Besitzes (§. 155. 188), der Unterlassung einer Handlung (§. 89. 190) — beigelegt sind[c]).

Die wichtigsten dieser Zeitwirkungen hat man unter dem Namen der Verjährung (Präscription) zusammengefaßt: Veränderung in Rechten durch die eine Zeit hindurch fortgesetzte Ausübung oder Nichtausübung derselben, welche, wenn sie (vorzugsweise) in einem Erwerb besteht, Acquisitiv-, wenn in einem Verlust, Extinctiv-

---

a) Savigny, System IV §. 177—201.

b) Dig. II. 12: de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. III. 12: de feriis. Vgl. X. II. 9: de feriis. Diese Feste sind theils kirchliche (nach justinianischem Recht die Sonntage, die zwey Wochen, welche Ostern einschließen, Weihnachten, Epiphanias, Pfingsten), theils weltliche (Ernte- und Weinleseferien, der erste Januar, die Gründungstage von Rom und Constantinopel, die der Geburt und des Regierungsantrittes des Kaisers). Von jenen gilt die Regel der Unstatthaftigkeit gerichtlicher Acte am vollständigsten, doch mit bedeutenden Ausnahmen, namentlich nichtstreitiger Sachen, bey denen keine Untersuchung erforderlich ist, aber auch mancher anderer.

c) Dig. XLIV. 3: de diversis temporalibus praescriptionibus et accessionibus temporum. Cod. VII. 40: de annali exceptione italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interpellationibus earum. — Cuiacius, de div. temporum praescr. et terminis. Opp. 1577 I p. 219 sqq. Savigny §. 177.

(erlöschende) Verjährung genannt wird[d]). Man ist aber nicht bey dem Namen stehen geblieben, sondern hat die höchst verschiedenartigen Institute, die unter jenen Ausdruck fallen (Klagenverjährung, Ersitzung, non usus u. s. f.), als Ein Rechtsinstitut behandelt, ein systematischer Mißgriff, der nicht verfehlt hat, erhebliche Irrthümer auch im Einzelnen hervorzubringen[e]).

B. Zeitabschnitte.

§. 74.

Die Zeitabschnitte (Jahre, Monate, Wochen, Tage, Stunden, Minuten u. s. f.) kommen theils einzeln, nach dem Zeitraum, den jeder einzelne einschließt, zur Sprache, theils als Theile eines größeren Zeitraums, der durch die Zahl derselben ausgedrückt wird. Durch den Kalender ist ihre Behandlung in den allermeisten Fällen, worin sie eine rechtliche Bedeutung haben, zu einem Geschäft gemacht worden, welches weder eine besondere Sachkenntniß, noch den Gebrauch künstlicher Instrumente voraussetzt. Dieß gilt aber nur von dem Jahr bis zu den Tagen herab, kleinere Abschnitte verzeichnet der Kalender nicht. Der im J. 709 nach Erb. Roms von Julius Cäsar eingeführte und noch jetzt in der Hauptsache geltende Kalender theilt das Jahr in 12 Monate von ungleicher Dauer, die zusammen 365 Tage betragen, denen er aber, um den gegenüber dem astronomischen Jahr verloren gehenden Viertelstag wieder zu gewinnen, alle vier Jahre einen 366sten (Schalttag, dies intercalaris) hinzufügt; der Tag sodann ist die (in 24 Stunden getheilte) Zeit von Mitternacht zu Mitternacht[a]). Nun kommen jedoch diese Abschnitte im Recht nicht bloß mit dem festen Anfang und Ende, die sie im Kalender haben (z. B. das Jahr 1843, der Monat Februar), vor, sondern auch mit willkürlichem Anfang (z. B. binnen einem Jahr, binnen zwey Monaten), hier

---

d) (Nach L. 4 C. de praescr. XXX vel XL ann. [7, 39]: — ius privatum vel publicum, — quod — quadraginta annorum extinctum est iugi silentio —. R.)

e) Der letzte monographische Versuch dieser Art ist: Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 1828. 2 Bde.

a) L. 8 D. de feriis (2, 12). Diese kalendermäßigen Zeiten heißen civilis annus, mensis, dies. Censorin., de die nat. 20. 22. 23. Varro, de re rust. I. 28.

sind sie der Ausdruck einer gewissen Anzahl kleinerer Zeitabschnitte, die von einem gewissen Punkt an gezählt werden sollen. Und zwar bedeutet Jahr die Summe von 365 Tagen[b]), ohne Rücksicht auf ein Schaltjahr, da der Schalttag nicht als ein besonderer Tag in Anschlag kommt[c]), Monat aber die Summe von 30 Tagen, ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Länge der Kalendermonate[d]).

---

b) L. 51 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 4 §. 5 D. de statulib. (40, 7).

c) Der Schalttag ist ein (vorausgehender) Zusatz zum sextus ante Kalendas Martias, der dann bisextum heißt, und davon gilt der Grundsatz: id biduum pro uno die habetur. L. 98 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4). Eben so ist er nach heutigem Ausdruck ein Zusatz zum 24. Februar (Matthiastag), dieser letztere wird im Schaltjahr der 25. Tag des Monats, der Schalttag erhält keinen weiteren Namen, was gleichfalls als Andeutung jenes Grundsatzes zu betrachten ist, Savigny §. 192. (Vgl. Alb. de Groening, quaest. et controv. de die intercalari [1843] II. 6, wo die Frage auch dogmengeschichtlich mit Sorgfalt erörtert ist. R.)

d) L. 40 D. de reb. cred. (12, 1): — in dies triginta — — per singulos menses. — L. 11 §. 6 L. 29 §. 5 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5): sexaginta dies — alios quattuor menses — — sex mensium —. L. 22 §. 2. 11 C. de iure delib. (6, 30): — intra triginta dies — intra alios sexaginta dies — — intra tres menses —. Nov. 115 c. 2, Paul. sent IV. 9, 5. vgl. mit Censorin., de die nat. c. g. Nicht abweichend ist L. 101 D. de R. I. (50, 17): Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, es ist ein Zeitraum von sechzig Tagen gemeint, nur daß der erste (d. h. in den der Anfangsmonat fällt) zwar mitgezählt, aber nicht mitgerechnet wird (§. 75 Note e). So giebt also der Verfasser des Werks περὶ χρόνων καὶ προθεσμιῶν (der s. g. Eustathius) den Inhalt der Stelle richtig, nur unvollständig, wieder, wenn er nach der Lesart der den beiden ältesten Ausgaben zu Grunde liegenden Handschriften sagt: zwey Monate werden für 60 Tage genommen. Andere (s. Zachariä αἱ ῥοπαί S. 149) haben die Stelle mehr dem Wortlaut der Pandektenstelle angepaßt. (Durch Veränderung des primo in postremo sucht zu helfen: Huschke, Zeitschr. für Civilr. R. F. II. G. 9 S. 166 ff. [1846]. R.) Ferner L. 12 D. de statu hom. (1, 5) und L. 3 §. 12 D. de suis et leg. (38, 16): — septimo mense — — centesimo octogesimo secundo die — ante centesimum octogesimum secundum diem —. Gar nicht hierher gehört L. 2. 5 pr. C. de tempor. appell. (7, 63). — Eine abweichende Meinung hat aufgestellt Schrader, Monatsrechnung des R. R., civil. Abhandl. II. 3 (1816). — Seitdem auch die Wochen zur Bezeichnung von Zeiträumen gebraucht werden, hat man auch zuweilen den Monat zu vier Wochen genommen, z. B. R. A. 1548 §. 53: — „in sechs Monaten, einen jeden Monat

C. Berechnung eines Zeitraums.

1. Civilcomputation[a]).

§. 75.

Wenn die Dauer einer Thatsache mit einer festgesetzten Zeit verglichen werden soll, um zu entscheiden, ob jene Dauer dieser Zeit entspricht, so ist 1) die Summe der Zeitabschnitte, aus denen der festgesetzte Zeitraum besteht, 2) der Anfang der Thatsache, also der erste dieser Zeitabschnitte, zu bestimmen, und 3) zu sehen, ob von diesem Anfangspunkt bis zu dem letzten Moment, auf den es ankommt, jene Summe abgelaufen sey. Je kleiner die Abschnitte sind, in welche die Zeit zerlegt wird, desto genauer wird die Berechnung seyn. Da es an sich keinen kleinsten Zeittheil giebt, so liegt in jeder Wahl eine Resignation, man wird nur so weit herabsteigen, als es die Natur der Sache fordert, und die zugänglichen sicheren Mittel der Berechnung zulassen. Im römischen Recht wird für die Berechnung der rechtlich vorgeschriebenen Zeiten (bey denen es auf ein kleines Mehr oder Weniger minder, als auf Sicherheit gleichmäßiger Anwendung der gewählten Zeiten in den einzelnen Fällen ankommt) höchst zweckmäßig verfügt, daß auf keine kleineren Zeittheile, als Tage (dies civiles §. 74), als die kleinsten Abschnitte, die der Kalender, dieses allgemein zugängliche Hülfsmittel der Berechnung, verzeichnet, Rücksicht genommen, der Tag als ein Untheilbares betrachtet werden soll. Die Folge davon ist, daß nur nach dem Anfangstag, nicht nach der Stunde &c. einer Thatsache gefragt wird, und der Zeitraum aus einer Summe von ganzen Tagen, nicht von Stunden &c. besteht. Dieses ad dies

---

für vier Wochen zu rechnen." — Noch gewöhnlicher ist es, bey der Berechnung einer Monatszeit schlechthin auf die Zahl des Tags im Kalender zu sehen, und unter einem Monat die Zeit z. B. vom 12. Februar bis 12. März zu verstehen.

a) Koch, Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren &c. 1796. Hagemeister, über d. Münd. z. Test. (1798), Civil. Magazin III. 1. Koch, Bestätigung der Bel. &c. 1798. Erb, über den annus civilis der Usucapion (1814), Civil. Mag. V. 8. v. Löhr, noch einige Worte über civ. comp. (1828), Archiv für civ. Pr. XI. 18. Unterholzner, Verjährungsl. (1828) I §. 90. Reinfelder, der annus civilis des R. R. 1829. Savigny (1841) §. 182—188. Puchta, Cursus der Instit. II §. 199. Bachofen, zur L. von d. civ. Berechnung der Zeit (1842), Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XVIII. 2. 11.

numerare heißt die juristische Berechnung, Civilcomputation[b]). Ihre Anwendung kann einen Zeitraum, gegenüber der Berechnung ad momenta, verkürzen und verlängern, nach folgender Unterscheidung: 1) Wenn durch die Dauer eines Zustands eine gewisse Zeit hindurch (so des Lebens, des Besitzes) ein Recht erworben werden soll, so braucht der letzte der Tage, aus denen der Zeitraum besteht, nur angefangen zu haben (der Zeitraum braucht nur erfüllt, nicht überschritten zu seyn, dies coeptus aber habetur pro completo); der letzte Tag bestimmt sich dadurch, daß der Tag, in den der Anfang des Zustandes fällt, gleich als der erste gerechnet wird[c]).

---

b) Die Berücksichtigung kleinerer Zeittheile heißt ad momenta numerare, a momento ad momentum computare, bey den Neuern Naturalcomputation. Diese kommt im R. R. nur in einem einzigen Fall vor (und auch hier nur annäherungsweise). L. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4): Minorem autem XXV annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit, restituatur. et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Proinde et si bisexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre, nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur. Sie darf auf keine Weise für die regelmäßige gehalten werden, diesen Charakter hat vielmehr die Civilcomputation. Etwas singuläres dagegen ist die computatio ad annos, die in L. 8 D. de munerib. (50, 4) — nicht aber in L. 5. 8. 22 D. de annuis leg. (33, 1) — vorkommt.

c) L. 134 D. de V. S. (50, 16): Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus (Paul). L. 6. 7 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei calendarum ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie calendas ianuarias implet usucapionem (Ulp.). L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus (Venul.). L. 1 D. de manum. (40, 1): Placuit eum qui calendis ianuariis natus, post sextam noctis pridie calendas, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere. Non enim maiori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari, iam autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi (Ulp.). L. 5 D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit

2) Wenn die Zeit für den Verlust eines Rechts durch Versäumniß gesetzt ist, so muß der letzte Tag ganz abgelaufen, der Zeitraum also überschritten seyn, denn erst dann kann man sagen, die Handlung sey auch an dem letzten Tage versäumt[d]); der letzte Tag aber müßte der Natur der Sache nach dadurch bestimmt werden, daß erst der Tag nach dem, in welchen der Anfangsmoment fällt, als der erste Tag des Versäumnisses gerechnet würde[e]). — Der Schalttag wird bey der Civilcomputation nicht als Zeit in Anschlag gebracht[f]).

---

complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus, arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur (Ulp.). Diese letzte Stelle ist entscheidend gegen die Ansicht Savigny's, wonach der letzte Tag der seyn soll, in den der Schlußpunkt nach der Naturalcomputation fiele, und die er besonders auf ein Citat des Gellius aus einem früheren Autor (Gell. III. 2) gründet, eine Stelle, die sehr wohl eine andere Erklärung zuläßt: Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem quae Kalendis ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas ian. sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

d) L. 6 D. de O. et A. (44, 7): In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. L. 1 §. 9 D. de succ. ed. (38, 9): Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo b. p. peti possit, quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt. Idem est et si in diebus centum dicatur (Ulp.). L. 30 §. 1 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5): Sexaginta dies a divortio numerantur, in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est (Paul.). (Ist die nämliche Frist für den Einen Erwerbs- für den Andern Versäumnißfrist, wie z. B. die Frist für die usucapio und usurpatio, so gilt für Jenen die Berechnung sub 1: L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. [44, 3], für Diesen die sub 2: L. 6. 7 D. de usurp. [41, 3] Gell. III. 2 [Note c]. Huschke in d. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. N. F. II S. 171 [1846]. R.)

e) Entschieden rechnet so Paulus L. 101 D. de R. I. (§. 74 Note d), zweifelhaft sind die beiden letzten Stellen der vorigen Note, eine andere Rechnung enthält L. 1 §. 5. 12 D. quando appell. (49, 4).

f) §. 74 Note c. L. 2 D. de div. temp. praescr. (44, 3): In tempore constituto indicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat,

2. Utile tempus[a]).

§. 76.

Die Berechnung eines Zeitraums geschieht regelmäßig so, daß, wenn der Anfangspunkt einmal eingetreten ist, alle Tage gerechnet werden, der Zeitraum also aus aneinanderhängenden Theilen besteht; dieß heißt continuum tempus. Diese Regel hat keine Ausnahme bey den Zeiten, durch deren Ablauf ein Recht erworben werden soll. Sie gilt auch für die Zeiträume, bey denen es auf einen Verlust durch Versäumniß abgesehen ist. Hier aber kommt ausnahmsweise die Vorschrift vor, daß bey der Berechnung gewisse Tage, nämlich die, an denen die versäumte Handlung dem Berechtigten unmöglich war, außer Ansatz bleiben sollen, die dann also die Frist, mit der strengen Berechnung verglichen, erweitern; dieß heißt utile tempus, dies utiles. Die Hindernisse, welche den Ausfall eines Tages bewirken, können liegen 1) in dem Charakter der vorzunehmenden Handlung selbst, welcher deren Vornahme an diesem Tag unmöglich macht[b]); 2) in der Nothwendigkeit der Anwesenheit einer andern Person[c]); 3) in dem Handelnden selbst: Abwesenheit, Krankheit, sofern nicht ein Stellvertreter möglich war[d]). Alle Fälle, in denen diese besondere Berechnung vorge-

---

quaeritur, item de tempore quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus quae certo tempore finiuntur, ut aedilicíae pleraeque actiones. (S) et si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori; mihi contra videtur (Marcell.).

a) Die erste genaue und erschöpfende Darstellung dieser Lehre hat gegeben Savigny §. 189—191.

b) L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15): Dies bonorum possessionis utiles esse, palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit possessio, quae de plano peti potuit. Quid si ea quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit? sessiones erunt nobis computandae. — Ibid. L. 1 §. 2 in f. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

c) L. 1 cit.: — experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat. — L. 1 §. 7—10 D. quando appell. (49, 4).

d) L. 1 D. de div. temp. pr. Nicht aber persönliche Rechtszustände wie Alter, Wahnsinn ꝛc. Savigny §. 190. Die Berücksichtigung der Unkenntniß ist in mehreren Fällen mit dem utile tempus verbunden. L. 2 pr. D. quis ordo (38, 15), L. 6 D. de calumn. (3, 6): Annus autem in personam qui-

schrieben ist, haben das mit einander gemein, daß es sich bey ihnen um die Versäumung gerichtlicher Handlungen und um eine durch einen Rechtssatz vorgeschriebene Zeit von höchstens einem Jahre handelt.

D. Unvordenkliche Zeit[a]).

§. 77.

Ein Recht wird darum als erworben betrachtet, weil es so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschen Gedenken hinausliegt[b]); dieß heißt im römischen Recht vetustas, bey den Neuern praescriptio immemorialis, indefinita, unvordenkliche Verjährung. Sie findet da Anwendung, wo nicht eine bestimmte Zeit für jene Wirkung festgesetzt ist[c]), ihre Einführung beruht auf der Erwägung, daß bey einem Zustand, dessen Ursprung durch die Länge der Zeit verborgen ist, auch die Recht-

---

dem eius qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse, quia qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. Vgl. L. 8 D. de his qui not. (3, 2). Diese Verbindung aber ist nicht für wesentlich und durchgängig zu halten.

a) Unterholzner, Verjährungsl. (1828) I §. 140—150. Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. 1 (1828). Schelling, die Lehre von der unvord. Zeit 1835. Arndts, zur L. v. d. unvord. Verj. Beitr. I. 3 (1837). Puchta, der unvord. Besitz des gem. Civilr. 1841. (Gegen die hier versuchte Ableitung aus dem deutschen Recht vgl. Pfeiffer, in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. 1 [1843]. R.) Savigny, System §. 195—201. A. Schmidt (von Ilmenau), civil. Abhandl. S. 169 ff. (1841). A. Friedländer, die Lehre von d. unvord. Zeit (1843).

b) L. 3 §. 4 D. de aqua (43, 20): Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 1 §. ult. L. 2. 26 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. (43, 7). — c. 26 X. de V. S. (5, 40), c. 1 de praescr. in VI. (2, 13). — Aurea bulla VIII. 1. R. A. 1548 §. 56. 1576 §. 105.

c) Savigny a. a. O. Für ihre Anwendung auf Servituten spricht eine constante Praxis. (Sie dürfte sich jedoch bei genauerer Betrachtung theils auf den falschen allgemeinen Verjährungsbegriff und dessen Eintheilung in praescriptio definita und indefinita §. 73 a. E., theils auf eine Verwechselung der aqua [pluvia] mit der servitus aquae §. 11 Note e zurückführen lassen und daher der erforderlichen ratio [§. 13 Note n. o.] entbehren. R.)

mäßigkeit des Ursprungs kein Gegenstand des Beweises seyn kann, daß aber dem natürlichen Sinn die lange Dauer Rechte heiligt, geschweige daß sie dadurch schutzlos werden dürften.

Die Unvordenklichkeit setzt voraus, daß 1) niemand existirt, der über den Anfang des fraglichen Zustandes aus eigener Anschauung oder von Hörensagen bestimmte Auskunft geben kann, 2) niemand, der von Früherlebenden, denen der Anfang in dieser Art bekannt war, Auskunft darüber gehört hat[d]). Beweis der unvordenklichen Zeit ist eigentlich unmöglich, er wird aber ersetzt durch die Vermuthung, die daraus entsteht, daß die ununterbrochene Dauer dieses Zustandes in den letzten zwey Menschenaltern (namentlich durch Zeugen, die das letzte Menschenalter durchlebt haben)[e]) bewiesen ist. Diese Vermuthung wird dadurch zerstört, daß von dem Gegner ein bestimmter Anfang zu irgend einer Zeit nachgewiesen wird[f]).

---

d) L. 2 §. 8 D. de aqua pluv. (39, 3): Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint (Paul.). L. 28 D. de probat. (22, 3): Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, hoc opus factum esse. Paulus: immo cum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita quod Graeci dicere solent ἐν πλάτει enim potest hoc memoria non teneri (lies: ἐν πλάτει. potest enim hoc mem. *hominum* teneri oder, nach v. Scheurl's Vorschlag, ohne Umstellung des enim, dagegen mit Wiederholung der griechischen Worte, — oder nach Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. [1847] IV. 9 Num. 13: statt enim etenim. R.) intra annum (Huschke: memoria teneri, nonum intra annum. R.) puta factum, cum interim nemo sit eorum (Huschke: coram. R.) qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium haec est (esset) opinio, nec audisse, nec vidisse (Huschke: nec vidisse se nec audisse. R.), cum id opus fieret, neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter sursum versum accidet, cum (lies: tum) memoria operis facti non exstaret (Labeo lib. VII pithanon a Paulo epitomat.). (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge IV. 9 Num. 13 S. 301 f. [1847]. R.)

e) Pufendorf observ. I. 151. Andere Beweismittel Strube, Bedenken IV. 1. Pufendorf II. 55. Pfeiffer a. a. O. §. 15.

f) Note d. Zwey extreme Meinungen sind zu verwerfen 1) daß der

Viertes Kapitel.

Der Schutz der Rechte.

I. Allgemeines.

A. Verletzung.

§. 78.

Der Punkt, in welchem die Rechte einer Verletzung zugänglich sind, ist ihre Ausübung. Verletzung eines Rechts ist Hinderung oder Störung seiner Ausübung, jenes läßt sich als totale, dieses als partielle Verletzung bezeichnen. Ausübung eines Rechts aber ist überhaupt jede Handlung, zu welcher es die Befugniß giebt, die volle Ausübung besteht in der factischen Ausführung der rechtlichen Unterwerfung, die den Charakter des Rechts ausmacht. Es giebt Rechte, die in dem Augenblick ihrer vollen Ausübung sich verzehren, andere haben eine dauernde Ausübung. Recht und Ausübung ist zuweilen so eng verbunden, daß die letztere nur dem Berechtigten selbst in eigner Person zusteht, bey den meisten Rechten ist eine Ausübung durch Stellvertreter möglich, bey manchen kann nur die Ausübung, nicht das Recht selbst übertragen werden.

B. Sicherung.

§. 79.

Die Möglichkeit einer Verletzung führt auf Cautionen, d. h. Acte, wodurch die künftige Verletzung eines Rechts entweder verhütet, oder für den Fall ihres Eintritts die Wiederherstellung gesichert werden soll. Die Acte sind entweder Privatrechtsgeschäfte

---

Gegenbeweis auf einen Anfang innerhalb der zwey letzten Menschenalter gerichtet seyn müsse, wodurch das ganze Institut in eine Ersitzung von 80 Jahren umgewandelt werden würde, 2) daß der Gegenbeweis geführt sey durch die Nachweisung, daß irgend einmal ein anderer Zustand existirt, d. h. also, daß der gegenwärtige einen Anfang gehabt habe, wodurch, da dieß ohnehin gewiß ist, das ganze Institut aufgehoben werden würde. — Der Streit, den man darüber geführt hat, ob die Wirkung der unvordenklichen Zeit selbst als Vermuthung oder als Ersitzung aufzufassen sey, ist insofern unnütz, als die Fragen, um deren richtiger Beantwortung willen man geglaubt hat das erste Princip annehmen zu müssen, sich vollkommen richtig auch aus dem zweiten beantworten lassen.

(eigentliche Cautionen), oder richterliche Verfügungen (missio in possessionem, Arrest, Sequestration).

Die Cautionen können den Zweck haben 1) die Existenz, namentlich die Gewißheit, theils überhaupt, theils in Beziehung auf den Umfang und Betrag, und die Klagbarkeit des Anspruchs oder auch eine vortheilhaftere Klage dem Berechtigten zu sichern und herzustellen; dazu genügt ein bloßer Vertrag mit dem Verpflichteten, repromissio, Verbalcaution, etwa mit Hinzukommen einer den Beweis erleichternden schriftlichen Abfassung (cautio in diesem Sinn)[a]), 2) die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Einwirkung auf das Gewissen des Verpflichteten zu sichern, unter Umständen auch die Anfechtung des Geschäfts auszuschließen; dieß ist das Ziel der Bestärkung eines Versprechens durch Eid, der juratorischen Caution, 3) die Realisirung des Anspruchs gegenüber einem Unvermögen des Verpflichteten oder sonstigen Hindernissen zu garantiren, wofür weder die Verbal- noch die juratorische Caution ausreicht; darin besteht die Natur der Realcaution, durch welche der Verletzung entweder vorgebeugt (z. B. Sequestration), oder für den Fall ihres Eintritts neben den Rechtsmitteln gegen den Verpflichteten noch ein anderer Anspruch, sey es gegen eine andere Person (Caution durch Bürgen, cautio fideiussoria, satisdatio), oder an eine Sache (Caution durch Pfand, cautio pignoraticia) zum Zweck der Befriedigung gegeben wird.

Die Verpflichtung, eine Caution zu bestellen, kann durch Privatwillen (Vertrag oder testamentarische Verfügung) oder durch Rechtsvorschrift entstehen, darauf bezieht sich die Eintheilung in c. voluntariae und necessariae. Die cautiones necessariae[b]) sind meistens Realcautionen (durch Bürgen oder Pfand)[c]), ein Zweifel

a) Solche Cautionen sind cautio damni infecti, die Festsetzung einer Conventionalstrafe, die einstweilige vertragsmäßige Aestimation eines künftig etwa zu leistenden Werths (aestimatio taxationis gratia), die Wahl einer Contractsform, mit welcher processualische Vortheile für den Gläubiger verknüpft sind, wie es nach römischem Recht bey der Stipulation, als Erzeugerin einer stricti iuris actio der Fall war.

b) Dig. XLVI. 5: de stipulationibus praetoriis. XXXVI. 3. XLVI. 6—8. II. 8: qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. Die Fälle sind theils processualische, theils civilrechtliche; die letzteren werden an den einzelnen Orten erwähnt werden.

c) L. 1 §. 5 D. de stip. praet. (46, 5).

darüber ist vor allem nach dem Zweck der Caution zu entscheiden; bringt dieß die Sache nicht zur Gewißheit, so ist allerdings Verbalcaution als das minimum anzunehmen[d]). Bey cautiones voluntariae geht die Intention regelmäßig auf eine reelle Sicherung, doch ist bey testamentarischen im Zweifel Verbalcaution (als das minimum) anzunehmen[e]). Die Verbindlichkeit zu einer Realcaution (voluntaria und necessaria) wird nur durch Stellung einer rechtsbeständigen erfüllt[f]), eine nicht hinreichende oder materiell untüchtige (z. B. ein insolventer Bürge) braucht nicht angenommen zu werden, ist sie angenommen, so ist der Verbindlichkeit genügt[g]).

C. Schutz.

§. 80.

Die Möglichkeit der Verletzung macht den Schutz der Rechte, dessen Zweck die Beseitigung der Verletzung ist, zu einem wesentlichen Bedürfniß. Jede Verletzung ist eine Rechtswidrigkeit, daher die Ausübung eines Rechts, wenn sie auch einen Andern beeinträchtigt, keine Rechtsverletzung ist[a]), indessen braucht diese keine unerlaubte Handlung zu seyn.

---

d) Vgl. §. 66 Note w. Bey cautiones necessariae brauchen Fiscus und respublicae statt der Realcaution nur Verbalcaution zu leisten. L. 1 §. 18 L. 6 §. 1 D. ut leg. serv. (36, 3), L. 3 §. 5 D. si cui plus (35, 3), vgl. L. 2 §. 1 D. de fundo dot. (23, 5). Bey processualischen Cautionen sind zur juratorischen statt Realcaution zugelassen personae illustres und gewisse andere Beamte. L. 17 pr. C. de dignit. (12, 1), L. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. (12, 19), L. 3 §. 3 C. de privil. schol. (12, 30), ferner Personen, die keine Realcaution aufzubringen vermögen, Nov. 112 c. 2, vgl. jedoch L. 7 §. 2 D. qui. satisd. cog. (2, 8), endlich Besitzer (zu Eigenthum oder Emphyteusis) unbeweglicher Güter. L. 15 eod., L. 26 C. de episc. aud. (1, 4), L. 4 §. 1 C. de sportul. (3, 2), L. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin.

e) L. 3 C. de V. S. (6, 38).

f) L. 3 D. de fideiuss. (46, 1), L. 6. 7 pr. 8 §. 3 D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 1 D. si quis in ius voc. (2, 5).

g) L. 3 D. de fideiuss., L. 3 §. 3 D. ut in poss. leg. (36, 4). Nur wenn die Caution nachher durch nicht vorauszusehende Umstände untüchtig wird, kann eine neue verlangt werden. L. 10 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 4 D. ut in poss. leg., L. 4 D. de stip. praet. (46, 5).

a) Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, vgl. L. 55. 151 D. de R. I. (50, 17). In gewissen Verhältnissen treten Billigkeitsrücksichten gegen eine nutzlose, Andern schädliche Ausübung ein. L. 38 D. de R. V. (6, 1), L. 1 §. 12 L. 2 §. 5. 9 D. de aqua pluv. (39, 3). Man muß sich aber

Es ist ein Schutz der Rechte durch Eigenmacht denkbar[b]). Eine Handlung ist an sich und abgesehen von besonderen Rechtsvorschriften nicht schon darum widerrechtlich, daß sie unter jenen Begriff fällt, sich als Selbsthülfe darstellt[c]). Eine solche besondere Rechtsvorschrift ist das decretum D. Marci, welches den Gläubiger, der um seiner Befriedigung willen Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne den Richter in Besitz nimmt, mit dem Verlust der Forderung bestraft[d]), was auf den Gläubiger, welcher den Schuldner zwingt, ihm Sachen zu geben[e]), oder der Sachen eines Dritten zu jenem Zweck[f]), oder der Kinder seines Schuldners sich bemächtigt[g]), ausgedehnt worden ist; ferner das Gesetz, welches den einer in fremdem Besitz befindlichen Sache, auf die er Anspruch macht, sich Bemächtigenden mit dem Verlust seines Anspruchs bedroht[h]). Umgekehrt macht der Umstand, daß sie zum Schutz eines Rechts vorgenommen ist, eine unerlaubte Handlung, namentlich Gewalt, nicht zu einer erlaubten, doch ist

hüten, daraus die allgemeine Regel: quod mihi prodest, et tibi non nocet, ad id potes compelli, zu ziehen, die in solcher Allgemeinheit ganz falsch und unbrauchbar ist.

b) In dieser Lehre ist ein Streit zweier Principien: das eine besteht in der apriorischen Erklärung der Selbsthülfe als Unrecht, s. z. B. Linde, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 21 (1828) und die meisten neueren Juristen, das andere stellt den entgegengesetzten Satz an die Spitze, Benfey im Rhein. Mus. VII. 1 (1835).

c) L. 29 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2).

d) L. 13 D. quod metus (4, 2), L. 7 D. ad L. Iul. de vi priv. (48, 7). Criminelle Strafe: Verlust eines Drittheils des Vermögens und Infamie. L. 8 eod. — Vgl. Sartorius, Zeitschr. für Civilr. XX. 1 (welcher das Decret für unanwendbar hält, wenn der Gläubiger die ihm geschuldeten Sachen wegnimmt); Burchardi, Anwendung des s. g. decretum D. Marci bey zweiseit. Obligationen, in Beziehung auf einen Rechtsfall erörtert, Archiv für civ. Pr. XVIII. 16.

e) L. 12 §. 2 D. quod. met. (4, 2).

f) Nov. 52 c. 1.

g) Nov. 134 c. 7.

h) L. 7 C. unde vi (8, 4). — Eine Ausnahme von diesen Verboten macht die Unmöglichkeit richterlicher Hülfe, auch nach den Worten des decr. D. Marci: optimum est ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris, und nach L. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Si debitorem meum — consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id quod mihi debeatur —.

eine Gewalt gestattet, wenn sie unter den Begriff der Selbstvertheidigung, d. h. der Abwehr einer versuchten rechtswidrigen Veränderung rechtlicher Zustände fällt[i]).

Aber dieser Schutz durch Eigenmacht ist ein unvollkommener und unzureichender, nicht bloß weil er eine nur zufällig auf Seiten des Verletzten liegende Uebermacht voraussetzt, und weil seine allgemeinere Anwendung die Rechtssicherheit gefährden würde, sondern auch weil er überall nicht zum Ziele führt, wo die Rechte bestritten sind, ihr Schutz also eine Entscheidung über ihr Daseyn erheischt. Der sichere, der Natur des Rechts entsprechende, und ausreichende Schutz ist der durch das Organ des allgemeinen Willens, die Obrigkeit, den Richter, ertheilte. Für die Geltendmachung der Rechte vor Gericht, und das in Folge derselben eintretende auf Entscheidung des Rechtsstreits und Beseitigung der Verletzung gerichtete Verfahren besteht eine rechtliche Ordnung, der Civilproceß, der einen besondern Theil des Rechts bildet. Aber das gerichtliche Verfahren wirkt auf die Rechte selbst ein, und diese processualischen Einwirkungen fallen in den Bereich des Civilrechts. Sie bestehen theils in den mit den Rechten verbundenen Mitteln ihrer Geltendmachung (Klagen und Einreden), theils in den Veränderungen, welche die Rechte durch das erhobene Verfahren selbst, und zwar durch den Eintritt in den Proceß (Litiscontestation), durch die Nothwendigkeit, dem Richter die Ueberzeugung von ihrer Existenz zu verschaffen (Beweis), und durch den Schluß des Verfahrens (Entscheidung, Urtheil) erleiden.

II. Von Klagen und Einreden[a]).

A. Begriff und Entstehung der Klagen.

§. 81.

Klage, actio, das Mittel, ein Recht gegen einen Anderen vor Gericht selbstständig zu verfolgen, ist im processualischen Sinn eine

---

i) L. 1 §. 27 D. de vi (43, 16): Vim vi repellere licere. — L. 3 §. 9 eod.: — confestim non ex intervallo —.

a) Inst. IV. 6 sqq. D. XLIII. 1. XLIV. 1. 7. Cod. IV. 10. VIII. 1. 36. Savigny, System Bd. V. (Hasse der Jüngere, über das Wesen der actio, Rhein. Mus. VI. 1. 6). — J. H. Böhmer, doctrina de actionib. ad praxin hod. accomm. 1710 u. öfter. W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, 1833. 2. Aufl. 1840.

Proceßhandlung, in welcher der sein Recht Verfolgende (Kläger, actor) die factischen und rechtlichen Grundlagen desselben darstellt, seinen Anspruch gegen seinen Gegner (Beklagten, reus) daraus ableitet, und ihn als Gesuch an den Richter (petitum) formulirt. Im materiellen Sinn, welcher der hier zur Sprache kommende ist, wird so die Möglichkeit dieses Acts, das Klagerecht, genannt. In diesem Sinn ist die Klage das Annexum eines Rechts, ein Zusatz zu seinem Inhalt (nicht, wie Manche geglaubt haben, ein Recht für sich); daher ist sie schon vor ihrer wirklichen Anstellung vorhanden, ja man kann ihr Daseyn im allgemeinen von dem Daseyn des Rechts, aus dem sie entspringt, datiren. Man hat bey der Klage im materiellen Sinn drey Momente wohl zu unterscheiden: 1) den Grund der Klage, so heißt das Recht, mit dem sie verknüpft ist und das mit ihr geltend gemacht wird, 2) die Veranlassung, welche in der Verletzung jenes Rechts durch den Beklagten besteht, erst damit ist die Klage entstanden im eigentlichen Sinn (actio nata), 3) den Gegenstand der Klage, der im allgemeinen die Beseitigung der Verletzung und thätige Anerkennung des Rechts ist, und nach Beschaffenheit der Klage einen besondern Charakter erhält, wie sich denn auch noch Nebenzwecke damit verbinden können [b]). Die Voraussetzung einer Klage ist regelmäßig nur die Existenz ihres Grundes, und ihre Veranlassung, ausnahmsweise giebt es Klagen, die überdieß voraussetzen, daß dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht [c]).

B. Arten der Klagen.

1. Nach ihrem historischen Verhältniß.

§. 82.

Die Klagen sind entweder civiles (legitimae, ex lege) oder honorariae (praetoriae, aediliciae) actiones, jenachdem sie durch eine Rechtsquelle des ius civile, oder durch die magistratischen

---

b) S. L. 13 C. de usur. (4, 32), L. 4 C. depos. (4, 34), L. 3 C. de fructib. et litium expensis (7, 51).

c) S. z. B. L. 1 §. 4 sqq. L. 2 – 7 D. de dolo m. (4, 3), L. 14 §. 2. 13 D. quod met. (4, 2). Vgl. K. A. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des R. R. 1834. (Die Subsidiarität der actio funeraria bestreitet C. Dietzel, de funeraria actione 1853. R.)

Edicte gegeben sind[a]). Viele Klagen, die ursprünglich eine beschränktere Sphäre der Anwendung hatten, sind später auf andere Fälle ausgedehnt worden; die Klage heißt dann dort directa, hier utilis[b]).

2. Nach dem Klagegrund.

§. 83.

Obligationen können nur gegen eine durch das Rechtsverhältniß selbst schon gegebene Person (den Schuldner) geltend gemacht werden, und es läßt sich auch in der Klage das Recht nicht ausdrücken, ohne die Person des Beklagten zu nennen; die Klagen aus Obligationen heißen daher persönliche, personales, in personam actiones. Bey allen andern Rechten ist der Beklagte nicht schon durch das Rechtsverhältniß gegeben, er bestimmt sich durch die Verletzung, die hier nicht bloß einer bestimmten Person möglich ist; diese Klagen heißen dingliche, in rem actiones[a]). Manche

---

a) L. 25 §. 2 D. de O. et A. (44, 17).

b) S. z. B. L. 17 §. 3 D. de usufr. (7, 1): — utilem actionem exemplo Aquiliae. — L. 19 pr. D. de instit. (14, 3): — utilis ad exemplum institoriae dabitur actio. —

a) L. 25 pr. D. de O. et A. (44, 7): Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16): Actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales dicere solemus, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. §. 1 I. de action. (4, 6). Ueber den Umfang dieser Eintheilung vgl. Savigny §. 206. 207, gegen Duroi, Bemerkungen über a. in rem etc. Archiv für civ. Pr. VI. 14. 18 (1823). Die Bemerkung, daß quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, in §. 20 I. de action. (4, 6), hat einen rein historischen Sinn, Puchta, Cursus d. Inst. II §. 167 Note i. (Vgl. jedoch Puchta, Vorlesungen §. 83 Anm. 3 der 4. Ausgabe. R.) — Die in rem actiones sind entweder de universitate, aus einem Recht an einem Vermögen als Ganzen, oder speciales, aus einem Recht an einzelnen Gegenständen. L. 1 pr. §. 1 D. de R. V. (6, 1). Der letzte Ausdruck wird auch für persönliche Klagen gebraucht, im Gegensatz zu generales aus Obligationen, die wesentlich

ihrem Grund nach persönliche Klagen haben den Charakter der dinglichen erhalten, daß sie nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern daß die Eigenschaft, Beklagter zu seyn, an einen dem Wechsel unterworfenen Grund (Besitz, Eigenthum einer Sache) geknüpft ist[b]).

Auf die Natur der persönlichen Klage hat es einen bedeutenden Einfluß, ob die Obligation, aus der sie entspringt, durch ein Rechtsgeschäft oder ähnliches Verhältniß, oder durch ein Delict oder einen gleichgestellten Grund entstanden ist. Jene Klage, sofern sie eine civilis actio ist, und ihren letzten Grund darin hat, daß aus dem Vermögen des Klägers etwas in das des Beklagten übergegangen ist, oder als übergegangen behandelt wird, heißt condictio (im engern Sinn, wenn sie auf ein Bestimmtes geht, §. 84); ihr steht eine Anzahl von (Nichtdelicts-) Klagen gegenüber aus obligatorischen Verhältnissen, deren Natur eine freiere Stellung und Macht des sie beurtheilenden Richters erheischt, diese Klagen heißen bonae fidei actiones, im Gegensatz dazu die Condictionen stricti iuris oder stricti iudicii actiones[c]). Auch bey manchen andern Klagen entstand das Bedürfniß, dem Richter die freiere Macht, die er bey den b. f. actiones hatte, einzuräumen. Dieß geschah durch einen Zusatz in der Formel, der die Klage zur actio arbitraria machte[d]).

Die bonae fidei actiones aus solchen Verhältnissen, in denen sich zunächst nur eine der beiden Parteien als Schuldner darstellt,

---

einen Complex von Verbindlichkeiten enthalten. L. 38 pr. D. pro soc. (17, 2). Noch in einem etwas verschiedenen Sinn werden die Ausdrücke gebraucht L. 1 §. 17 D. de aqua pluv. (39, 3).

b) Actio quod metus causa, Klagen auf Exhibition, interdictum quod vi aut clam, int. quem in locum nuntiatum est, aquae pluviae arcendae actio, Noxalklagen, interdictum quod legatorum. Man braucht dafür den Ausdruck actiones in rem scriptae, der nur für die actio quod metus vorkommt. L. 9 §. 8 D. quod metus (4, 2), vgl. L. 4 §. 33 D. de exc. doli (44, 4), und auch nur für diese paßt, wie A. Schmidt (von Ilmenau), Civil. Abhandl. I. 1 (1841) gut gezeigt hat.

c) §. 28 I. de action. (4, 6). Ueber diese Eintheilung, deren unmittelbar praktische Wichtigkeit weggefallen ist, s. Savigny V Beil. XIII.: stricti iuris, bonae fidei actiones. XIV.: die Condictionen. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 165.

d) Puchta a. a. O. §. 166.

werden auch diesem wegen einer Gegenforderung aus demselben Verhältniß gegeben, sie heißen dann contrariae actiones, während die der eigentlichen Gläubiger directae heißen (§. 232).

3. Nach dem Gegenstand.

§. 84.

Der Gegenstand der Klagen bestimmt sich im allgemeinen als Condemnation des Beklagten, die der Kläger fordert, nur wenige Klagen machen eine Ausnahme, bey denen der Kläger nur die Anerkennung eines Verhältnisses durch den Richter ohne Condemnation verlangt, sie heißen praeiudiciales actiones[a]). Die Condemnation besteht in dem Ausspruch des Richters, daß der Beklagte etwas zu thun oder zu unterlassen schuldig sey, diesen Ausspruch fordert der Kläger in dem Petitum der Klage; bey persönlichen Klagen enthält er nichts anderes, weil in jenen Worten schon der Grund der Klage anerkannt ist, bey dinglichen dagegen geht eine besondere Anerkennung des Rechts, welches den Grund der Klage bildet, voraus (z. B. daß Klägern das Eigenthum an dem bezeichneten Pferde zuständig, Beklagter daher dieses Pferd herauszugeben schuldig 2c.).

In Beziehung auf den Einfluß, den der Gegenstand auf das Vermögen des Klägers hat, sind die Klagen entweder bestimmt, den Umfang desselben nur zu erhalten oder herzustellen: rem persequuntur, oder ihm einen Zuwachs zu verschaffen: poenam persequuntur, oder sie verbinden beide Zwecke: mixtae actiones. Von Seiten des Beklagten aufgefaßt sind die ersten die, womit nur gefordert wird, was aus dem Vermögen des Klägers bey jenem ist, Pönalklagen die, welche von seiner Bereicherung unabhängig sind[b]). Es giebt Klagen, bey denen eine Strafe erst dadurch eintritt, daß der Beklagte es auf die Condemnation ankommen läßt, entweder Ehrenminderung (actiones famosae), oder eine Vergrößerung der Forderung (lis crescit), theils durch Abläugnen, theils erst durch Ungehorsam gegen das arbitrium iudicis (§. 271).

Die Klagen gehen endlich entweder auf einen bestimmten Ge-

---

a) §. 13 I. de action. (4, 6) Gai. IV. 44.

b) §. 16—19 I. de action. (4, 6), L. 35 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 5. 8 D. ne vis fiat (43, 4), L. 1 §. ult. L. 3 §. 1 D. de vi (43, 16) etc. Savigny §. 210—212.

genstand (certum), wie alle in rem actiones, oder auf ein incertum, welches erst der Richter zu bestimmen hat. Unter den stricti iudicii actiones kommen beide Arten vor (condictio certi, auf eine bestimmte Geldsumme, condictio triticaria, auf einen andern bestimmten Gegenstand, — beiderley Leistung heißt dare, — condictio incerti, gewöhnlich actio, auf ein Unbestimmtes — mit dare facere bezeichnet —), der Gegenstand der actiones bonae fidei ist stets ein incertum[c]).

4. Nach dem Verfahren.

§. 85.

Dem alten römischen Proceß gehören an die Unterschiede von ordinariae actiones (bey welchen der ordo iudiciorum privatorum eintrat) und extraordinariae (wobey der Magistrat selbst untersuchte und entschied)[a]), ferner von actiones und interdicta, welche letzteren in der Fassung eines prätorischen Befehls (restituas, exhibeas, veto) gegeben wurden, und ein eigenthümliches Verfahren zur Folge hatten, das schon zu Justinian's Zeit eine Antiquität war[b]). Im justinianischen Recht gehören die Interdicte zu den Klagen mit außerordentlichem Verfahren, die Praxis hat sie sämmtlich dem summarischen Proceß unterworfen. Weniger zu loben ist es, daß man in der Praxis, da die Interdicte theils ein Recht zu schützen bestimmt sind, aus dem vielleicht auch eine actio entspringt (interdicta quae proprietatis causam habent), theils einen factischen Zustand, die bloße Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent), bey den ersten interdictum und actio successiv zuließ, wie bey den letzten[c]), und also dort das Interdict als ein bloß provisorisches Rechtsmittel, bey welchem die Frage einstweilen nach der Wahrscheinlichkeit entschieden würde, behandelte. Eine materielle Eigenthümlichkeit der Interdicte ist, daß die Früchte der

c) Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 165.

a) Im justinianischen Recht heißen so Klagen mit einem von dem gewöhnlichen abweichenden Verfahren.

b) Daher Dig. XLIII. 1: de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. (K. A. Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer. 1853.)

c) L. 14 §. 3 D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

Sache erst seit der Anstellung der Klage gefordert werden können[d]). Ein altprocessualischer Unterschied ist auch der von actiones in ius conceptae und in factum; und der von selbstständigen Klagen und ficticiae actiones. — Wichtiger ist die Eigenschaft mancher Klagen, daß bey ihnen die Rollen der Parteien sich vermischen, die Klage so behandelt wird, wie wenn auch der Beklagte sie angestellt hätte, daher auch der Kläger condemnirt werden kann, was bey allen andern eine Unmöglichkeit ist. Jene heißen iudicia duplicia, actiones mixtae (in diesem Sinne)[e]).

C. Aufhebung der Klagen.

§. 86.

Die Aufhebung des Rechts schließt natürlich immer eine Aufhebung der Klage ein, welche damit verknüpft ist. Aber das Klagerecht selbst und unmittelbar kann von einem Endigungsgrund betroffen werden; hier ist eine Fortdauer des Rechts (nur jenes Schutzmittels beraubt), aber auch eine Endigung desselben denkbar, so daß der Endigungsgrund zwar zunächst die Klage trifft, aber mittelbar auch das Recht selbst wegnimmt. Zerstört aber wird die Klage theils durch ihren wirklichen Gebrauch, durch den Proceß, den sie einleitet (§. 96. 99), theils durch vor ihrer Anstellung eintretende Umstände. Diese letzteren sind Concurrenz, Tod, Verjährung.

1. Concurrenz[a]).

§. 87.

Der gemeinschaftliche Punkt, in welchem mehrere Klagen zusammentreffen (ein concursus actionum eintritt), kann seyn der Entstehungsgrund (der mittelbare: die Thatsache, oder der unmittelbare: das Recht), die Person (der oder gegen die mehrere Kla-

---

d) L. 3 D. de interd. (43, 1), (aus L. 1 §. 40 D. de vi [43, 16]. R.) L. 8 §. 4 D. de precar. (43, 26) (Anders bei Interdicten aus Delictsobligationen: L. 1 §. 40 D. de vi [43, 16] L. 38 §. 11 D. de usur. [22, 1] L. 25 §. 4 D. quae in fraud. [42, 8], Schmidt, a. a. O. S. 40. R.)

e) L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 44 §. 4 D. fam. ercisc. (10, 2), L. 13. 14 D. de iudic. (5, 1).

a) Eine neue, berichtigende Darstellung dieser Lehre hat gegeben Savigny V §. 231—236. (Vgl. dazu Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß II No. 10 S. 180 ff. [1846]. R.)

gen zustehen), der Gegenstand und Zweck, worauf mehrere Klagen gerichtet sind. Keine Aufhebung der Klage bewirkt die Gemeinschaft des Entstehungsgrundes, nämlich des mittelbaren (die des unmittelbaren ist stets mit einer Gemeinschaft des Gegenstandes verbunden)[b]; ebenso wenig natürlich das persönliche Zusammentreffen für sich allein. Man nennt diese wirkungslosen Concurrenzen cumulative. Dagegen hat die Gemeinschaftlichkeit des Gegenstands, für sich oder in Verbindung mit jenen andern Identitäten, aufhebende Wirkung (s. g. electiver Concurs)[c]. Aber nicht schon die Concurrenz selbst hat diese Wirkung, auch nicht die Anstellung der einen Klage, sondern erst die wirkliche Leistung des Gegenstands[d].

Es kommt vor, daß jemandem mehrere Klagen, die nicht denselben Zweck haben, oder dieselbe Klage mit verschiedenem Zweck electiv zu Gebot stehen, so daß schon durch die Wahl und Anstellung der einen die andere ausgeschlossen wird, diese Ausschließung gründet sich in manchen Fällen auf die Unvereinbarkeit der damit zu erhebenden Ansprüche, in manchen auf besondere Rechtsvorschrift[e].

---

b) L. 1 §. 21. 22 D. de tut. act. (27, 3), L. 60 D. de O. et A. (44, 7): Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit (Ulp.). (Id. L. 130 D. de R. I. [50, 17]: Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit), vgl. Savigny §. 234. L. 9 C. de accus. (9, 2), L. 11 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 55 §. 1 D. de admin. tut. (26, 7), L. 1 §. 9 L. 18 §. 2 D. de iniur. (47, 10), L. 3 §. 1 D. de duob. reis (45, 2): — utique enim cum una sit obligatio, una et summa est —.

c) L. 43 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. L. 41 §. 1 D. de O. et A. (44, 7): Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id (non) consequatur. (Vergl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 10 S. 180 f. [1846]. R.) L. 57 D. de R. I.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Anwendungen s. u. a. in L. 38 §. 1 L. 41—43. 45—60. D. pro socio (17, 2), L. 7 §. 1 D. commod. (13, 6) s. Savigny §. 233. — Ist die Mehrheit von Klagen durch eine Mehrheit von Personen veranlaßt, so nennt man den Concurs einen subjectiven, findet sie unter denselben Personen statt, einen objectiven.

d) L. 18 §. 3 D. de pec. const. (13, 5), L. 35 §. 1 D. loc. (19, 2), L. 4 D. de his qui effud. (9, 3), L. 7 §. 4 D. quod falso tut. (27, 6).

e) S. z. B. L. 7 D. de lege comm. (18, 3), §. 16 I. de obl. ex del.

2. Tod[a]).

§. 88.

Klagen sind Bestandtheile des Vermögens, und gehen mit demselben auf den Erben des Klagberechtigten über, actiones heredibus competunt. Diese Regel hat einige Ausnahmen dadurch, daß gewisse Klagen nicht als Vermögensbestandtheile gelten können: 1) die Popularklagen, die jedem aus dem Volk, und darum niemandem vor der Anstellung ausschließlich zustehen[b]), 2) die actiones quae vindictam continent, Klagen, womit eine individuelle Unbill geahndet, und deren Zuständigkeit daher kein ehrenhafter Mann von dem Gesichtspunkt einer Vermögensvermehrung auffassen wird[c]).

Auf Seiten des Beklagten sind die Klagen Vermögensminderungen, die in dem Vermögen als Gegenstand der Erbfolge begriffen werden (§. 34), daher die Regel: actiones in heredes dan-

---

(4, 1), L. 3 §. 5 D. nautae, caup. (4, 9), L. 5 §. 1 D. de calumn. (3, 6), Savigny §. 235 a. E.

a) Inst. IV. 12: de perp. et temp. act. et quae ad heredes et in heredes transeunt.

b) L. 7 D. de popul. act. (47, 23).

c) Vgl. Marezoll, Magaz. für Rechtswiss. IV. 19, 2. Savigny, System II §. 73. Die einzelnen Fälle sind: 1) iniuriarum actio, §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), L. 28 D. de iniur. (47, 10), vgl. L. 2 §. 4 D. de collat. (37, 6); 2) in factum actio des gegen die Vorschrift in ius vocirten Parens und Patronus, L. 24 D. de in ius voc. (2, 4); 3) querela inofficiosi, L. 7 D. de inoff. test. (5, 2); 4) actio sepulcri violati, L. 6. 8. 10 D. de sep. viol. (47, 12); 5) in factum actio, wegen verhinderter Beerdigung, L. 9 D. de relig. (11, 7); von den Schlußworten dieser Stelle des Gaius — Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem, nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur. Certe perpetuo ea inter ipsos competit — giebt Mühlenbruch, Cession S. 300 eine Erklärung, die jene Klage aus dieser Reihe heraussetzen würde, die aber schon sprachlich unzuläßig ist (constare videtur soll heißen: Manche sehen es für ausgemacht an, certe: im Gegentheil, ipsi: die Erben — vgl. L. 18 D. depos. —); 6) in factum actio gegen den, welcher zur calumnia Geld empfangen hat, L. 4 D. de calum. (3, 6); 7) die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil, L. 15 §. 1 D. sol. matr. (24, 3); 8) die Revocationsklage des Schenkers wegen Undanks des Beschenkten, L. ult. C. de revoc. don. (8, 56). Der von Savigny a. a. O. Note r behaupteten Unvererblichkeit des interdictum quod vi aut clam steht L. 13 §. 5 D. quod vi (43, 24) doch wohl wirklich entgegen.

tur. Ihre Anwendung setzt voraus, daß der Beklagte sich nicht bloß durch einen veränderlichen Umstand (z. B. den Besitz, das Eigenthum einer Sache) bestimmt, sonst haftet der Erbe nicht als Erbe, sondern bloß insofern bey ihm derselbe Grund der Haftung eintritt[d]). Jene Regel hat aber Ausnahmen[e]): 1) die Delictsklagen, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gehen, können nicht gegen den Erben des Thäters angestellt werden[f]); soweit sie Entschädigung zum Gegenstand haben, nur wenn und wieweit die Erbschaft durch das Delict des Erblassers vergrößert auf den Erben gekommen ist[g]), diese Haftung des Erben ist durch das canonische Recht und

---

d) L. 42. 55 D. de R. V. (6, 1).

e) Francke, vom Uebergang der persönl. Kl. auf die Erben des Schuldners, Beiträge I. 1 (1828). Savigny, System V §. 211.

f) L. 22 D. de O. N. N. (39, 1): — in poenam heres non succedit, L. 1 pr. D. de priv. del. (47, 1), L. 20 D. de poen. (48, 19).

g) L. 16 §. 2 L. 19 D. quod metus (4, 2), L. 17 §. 1 L. 26. 27 D. de dolo m. (4, 3), L. 4 §. 6 L. 5—7 D. de alien. iud. mut. c. (4, 7), L. 23 §. 8 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7), L. 44 D. de R. I. (50, 17), L. 38 eod.: Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset. Dieser Grundsatz und das Princip: turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina exstinguantur hat darauf geführt, nicht bloß die mixtae actiones gegen den Erben unter dieser Voraussetzung zuzulassen, sondern selbst Klagen, deren Gegenstand sich als reine Strafe darstellt, L. 5 pr. D. de calumn. (3, 6), vgl. auch L. un. C. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur (4, 17), wenn nicht eine daneben zustehende Entschädigungsklage diese Ausdehnung überflüssig macht. L. 2 §. 27 D. vi bon. rapt. (47, 8). Eine gegenständliche Ausdehnung der Haftung liegt in der Interpretation des pervenire ad heredem. L. 127 D. de R. I.: Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. L. 17 D. quod met. (4, 2). Vielleicht galt, wie im älteren deutschen, so auch im R. R. ursprünglich die vollkommene Nichthaftung des Erben für Delicte, die dann nach und nach auf jene Weise immer mehr beschränkt ward. — Die condictio furtiva geht in solidum gegen die Erben, L. 7 §. 2 D. de cond. furt. (13, 1), sie ist aber auch keine Delictsklage. Die rerum amotarum actio wird als Condictio behandelt, L. 24—26. 29 D. rer. amot. (25, 2), und namentlich auch in jenem Punkt der condictio furtiva gleichgestellt, L. 6 §. 4 eod.; dagegen wird jene Behandlung der Delictsklagen auf sie angewendet in einem Gesetz Diocletian's, L. 3 C. eod. (5, 21), das vielleicht von solchen Fällen, die über die Voraussetzungen einer Condictio hinausliegen, zu verstehen ist, das Wahrscheinlichere ist doch wohl ein wirklicher Widerstreit.

die Praxis bis auf den Betrag der Erbschaft überhaupt erweitert[h]). 2) Popularklagen werden wie Delictsklagen auf Strafe behandelt, weil sie wegen der eigenthümlichen Bestimmung des Klägers für diesen immer eine Bereicherung zum Erfolg haben[i]). 3) Die Klagen gegen den Besitzer, der die Klage durch einen Dolus gegen sich fixirt hat, so daß sie nicht mehr von seinem wirklichen Besitz abhängt, gehen gegen den Erben nur in id quod ad eum pervenit[k]). Die Veranlassung und Erweiterung dagegen der Contractsklagen durch Dolus des Erblassers steht dem Uebergang der Haftung auf den Erben nicht im Wege[l]).

Diese Ausnahmen von dem activen und passiven Uebergang der Klagen werden durch Litiscontestation aufgehoben (§. 96).

3. Verjährung[a]).

§. 89.

Die Klagverjährung: Aufhebung einer Klage wegen Versäumung ihrer Anstellung während der ihr durch das Recht gesetzten

---

h) c. 14 X. de sepult. (3, 28), c. 5 X. de raptor. (5, 17), c. 9 X. de usur. (5, 19), c. 28 X. de sent. excomm. (5, 39), cf. J. H. Böhmer, ad hh. ll. Savigny V S. 48 ff.

i) L. 8 D. de popul. act. (47, 23).

k) L. 42. 52 D. de R. V. (6, 1).

l) L. 49 D. de O. et A. (44, 7): Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur —. L. 10 pr. D. comm. div. (10, 3), L. 1 §. 1 L. 7 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 12. 49 D. de O. et A., L. 121 §. 3 D. de V. O. (45, 1), L. 152 §. 3 D. de R. I. (50, 17). Schwierigkeit hat gemacht §. 1 I. de perp. et tempor. act. (4, 12): — aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (viele Handschr. setzen hinzu veluti) cum testator dolose versatus sit (einige H. S. setzen hinzu ex deposito), et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit. Vgl. Gai. IV. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. Theophilus führt zur Institutionenstelle die actio depositi an, diese also scheinen die Verfasser gemeint zu haben, aber irriger Weise, denn s. L. 12. 49 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 1 D. depos. (16, 3). Vgl. Francke a. a. O. §. 3. Die actio rationibus distrahendis ist keine Delictsklage, sie entspringt aus dem Quasicontract der Tutel. L. 1 §. 21 D. de tut. act. (27, 3): — ex una obligatione duas actiones —, und doch geht sie nicht gegen die Erben, L. 1 §. 23 eod.

a) Inst. IV. 12: de perpetuis et temporalibus actionibus etc. Cod. VII.

Zeit, hat ihren ersten Ursprung in den magistratischen Edicten, bey manchen honorariae actiones, welche die Magistrate nur mit jener Beschränkung gaben[b]), sie wurde auf manche Civilklagen, namentlich aus singulären Rechten ausgedehnt, aber sie blieb ein im Ganzen nicht sehr bedeutendes Institut, bis endlich Theodosius II. mit wenigen Ausnahmen alle Klagen der Verjährung unterwarf[c]), um der die Sicherheit und Gerechtigkeit des richterlichen Urtheils gefährdenden Verzögerung der Klaganstellung Schranken zu setzen[d]). Eine Ausnahme von der allgemeinen Verjährbarkeit der Klagen machen nur aus einem innern Grund die Theilungsklagen, sofern die Röthigung zu einer ewigen Dauer der Gemeinschaft die Folge davon wäre[e]), und vermöge singulärer Vorschrift einige Klagen, die im heutigen Recht theils nicht mehr vorkommen[f]), theils dieser Befreiung beraubt sind[g]).

39: de praescriptione XXX vel XL annorum. 40: de annali exceptione italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus, et interruptionibus earum. Unterholzner, Verjährungslehre II §. 252—283 und an verschiedenen andern Stellen seines Buches. Savigny, System V §. 237—252. Puchta, Cursus der Inst. II §. 208.

b) L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum — —. Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri. Item Publiciana quae ad exemplum vindicationis datur, sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.

c) L. un. C. Th. de action. certo temp. fin. (4, 14), im justinianischen Recht, L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39), mit den übrigen ergänzenden Constitutionen dieses Titels und des folgenden, von Anastasius, Justinus, Justinian.

d) Das Recht giebt die Klagen mit dieser Beschränkung, diese kann auch durch die Verabredung, daß dem Gläubiger künftig die Verjährung nicht entgegenstehen solle, nicht beseitigt werden, denn es kann niemand durch Vertrag eine Klage erhalten, als die und wie sie das Recht giebt und zuläßt. Vgl. über diese Streitfrage Savigny a. a. O. S. 411—413.

e) L. ult. C. comm. div. (3, 37). Sie verjähren aber (L. 1 §. 1 C. de annali exc.), sofern sie auf praestationes personales oder auf Anfechtung einer Privattheilung gerichtet sind.

f) Die vindicatio in libertatem, L. 3 C. de l. t. praescr. qu. pro lib. (7, 22), Vindication eines Colonen durch den Patron, L. 23 pr. C. de agric. (11, 47), eines Curialen durch die Stadt, L. 5 C. de praescr. XXX annor. (7, 39).

g) Klage auf Steuerrückstände, L. 6 C. eod.

§. 90.

Die Bedingungen der Klagverjährung sind folgende:

1) Actio nata (§. 81); die Veranlassung der Klage muß eingetreten seyn (die Entstehung des Rechts, woraus sie entspringt, ist ohnehin eine Voraussetzung derselben). Bey dinglichen Klagen muß ein Beklagter gegeben seyn[h], bey persönlichen, wo der Beklagte schon durch die Existenz der Forderung gegeben ist, beginnt die Verjährung von dem Augenblick, wo der Gläubiger fordern kann und der Schuldner die Leistung unterläßt[i], also mit der Verstreichung des Zahlungstermins[k], auch des durch Kündigung gesetzten[l], bey verzinslicher Schuld mit Unterlassung der Zinszahlung[m], bey andern Obligationen, in denen die Parteien übereinstimmend einen Aufschub der Leistung voraussetzen, sowie diese Uebereinstimmung aufhört[n], außerdem mit dem Augenblick, wo der Gläubiger zur Geltendmachung seines Rechts befugt ist[o].

---

h) Streitfrage: ob die Verjährung der gegen den Besitzer gerichteten Klage auch gegenüber einem natürlichen Besitzer beginne? Nicht, so lange dieser im Namen des Klägers besitzt, L. 7 §. 6 in f. C. de praescr. XXX ann. (7, 39), Savigny a. a. O. S. 284 f. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 232 bey Note f.

i) L. 7 §. 4 C. eod., L. 1 §. 1 C. de annal. exc. (7, 40).

k) Anwendung auf terminweise Leistungen, L. 7 §. 6 C. de pr. XXX ann. (7, 39): In his autem promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni — computari manifestum est. — L. 26 pr. C. de usur. (4, 32): Eos qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem — asserendo singulis annis earum actiones nasci, principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.

l) Bestritten; vgl. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung, Zeitschrift für Civilr. u. Civilpr. VIII. 1 (1834), Savigny §. 240 (dagegen: Vangerow, Archiv für civ. Pr. XXXIII. [1850] 12. Vgl. dagegen Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 90 Note 1 der vierten Ausgabe. R.)

m) L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

n) Savigny V S. 291 ff. — Gegen die unrichtige Regel: toties praescribitur actione nondum nata, quoties nativitas est in potestate creditoris, vgl. Thon a. a. O. S. 2 ff.

o) Savigny V S. 285 ff. S. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 192 ff.

2) Versäumniß; die Verjährung wird unterbrochen durch wirksame Anstellung der Klage (die Vorladung des Beklagten muß darauf erfolgen)[p], aber auch dadurch, daß die Klage aufhört veranlaßt zu seyn, also bey Klagen gegen den Besitzer, wenn ein neuer Besitzer eintritt, der nicht Successor des vorigen ist[q]), durch Gestattung einer neuen Zahlungsfrist, sonstige Anerkennung des Rechts durch den Beklagten[r]). Die Unterbrechung hat stets die Folge, daß der bisherige Zeitablauf ohne Wirkung bleibt, und die Verjährung von neuem beginnen muß[s]).

3) Ablauf der Zeit. Die Klage ist erst mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist aufgehoben (§. 75). Bey den Verjährungen von einem Jahr und darunter ist die Zeit utile tempus, bey allen andern continuum (§. 76). Auch bey diesem aber wird nicht mit eingerechnet a) die Zeit, wo die Klage einem Unmündigen zusteht[t]), b) einem Minderjährigen, doch hier nur bey Verjährungen unter dreißig Jahren[u]), c) wo sie zu den Adventitien eines Filiusfamilias gehört[v]), d) die Zeit eines Schisma bey Klagen der römischen Kirche[w]), e) die eines Justitiums[x]), f) die Zeit wo gewisse rechtliche Hindernisse der Anstellung der Klage entgegenstehen (agere non valenti non currit praescriptio)[y]). Man faßt alle diese Fälle unter dem Ausdruck der ruhenden Verjährung zusammen.

---

p) L. 3. 7 pr. §. 5 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Begünstigungen des Klägers dabey, L. 2. 3 C. de annal. exc. (7, 40), L. 5 C. de duob. reis (8, 40). Schriftliches Anbringen bey einem compromissarischen Richter vertritt die Stelle der gerichtlichen Klage, L. 5 §. 1 C. de rec. arbitr. (2, 56). Ueber das ältere Recht, dessen noch in L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2), L. ult. in f. D. de fidei. tut. (27, 7) Erwähnung geschieht, (s. §. 96) vgl. Puchta, Cursus II §. 208.

q) L. 7 §. 1 L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 14 C. de fund. patrim. (11, 61).

r) L. 7 §. 5 L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann., L. 5 C. de duob. reis (8, 40).

s) Besondere Wirkung der Anstellung der Klage und Litiscontestation s. §. 96.

t) L. 3 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

u) L. 5 C. in qu. c. in int. rest. (2, 41).

v) L. 1 §. 2 C. de ann. exc. (7, 40), L. 4 in f. C. de bon. qu. lib. (6, 61).

w) c. 14 X. de praescr. (2, 26).

x) c. 10 eod., c. 3 C. 16 qu. 3.

y) Deliberations- oder Inventarisirungsfrist des zu belangenden Erben

Mala fides des zu Belangenden ist kein Hinderniß der Klagverjährung nach der Natur dieses Instituts und nach römischem Recht, selbst nicht der Verjährung der dinglichen Klagen gegen den Besitzer, die sich eben dadurch von der Ersitzung unterscheidet[z]). Dieß letztere hat dem canonischen Recht bedenklich geschienen [aa]).

L. 22 §. 11 C. de iure delib. (6, 30); Einfügung der zu vindicirenden Materialien in ein Gebäude, L. 7 §. 10. 11 D. de adqu. dom. (41, 1); Stundungsfrist des Schuldners, L. ult. in f. C. qui bon. ced. p. (7, 71).

z) L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

aa) c. 5 X. de praescr. (2, 26): — — nulla antiqua dierum possessio (*iure divino*) iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem (Alex. III.). c. ult. eod.: Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae (Innoc. III.). Diese Stellen enthalten eine Neuerung in Absicht auf die bona fides bey der Usucapion (die im Sprachgebrauch des canon. Rechts unter praescriptio mitbegriffen wird), — darauf haben sie einige Juristen beschränken wollen —, aber sie fordern die b. f. auch für die Verjährung der Eigenthumsklage, oder vielmehr sie beseitigen diese Verjährung ganz und gar, und schützen nur den Besitzer, der sich auf Ersitzung berufen kann. Viele Juristen gehen noch weiter, indem sie theils die b. f. für jede Klagverjährung fordern — was ohne Sinn und Verstand ist —, theils wenigstens bey dem Besitz einer fremden Sache, mag dieser Besitz (wie bey der Eigenthumsklage), oder ein Contract (z. B. bey der actio depositi, commodati) den Beklagten zum Beklagten machen. So unter andern J. H. Böhmer, I. E. P. II. 26, 51 sqq. Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung, besonders nach c. ult. X. de praescr. 1820. Savigny V §. 244—246. Hildenbrand, de bona fide rei propriae debitori ad temp. praescr. haud necessaria 1843. (Für die Beschränkung auf Usucapion und Verjährung der Eigenthumsklage spricht auch die Entstehungsgeschichte jener Entscheidungen: Hildenbrand im Archiv für civ. Praxis XXXVI. 2 [1853]. Die Controverse, welche sie beilegen sollten, beschränkte sich auf die Wirkung der mala fides superveniens bei der possessio rei alienae, über Verjährung persönlicher Klagen war nie ein Streit. R.)

§. 91.

Die regelmäßige Verjährungszeit sind seit dem theodosischen Gesetz dreißig Jahre, die Klagen, denen diese lange (oder eine noch längere) Zeit gesetzt ist, heißen perpetuae actiones im Sinn des neusten Rechts[bb]).

Eine längere Dauer haben 1) Klagen, die angestellt worden sind, wenn der Proceß nicht bis zum Ende fortgesetzt wurde, sie können vierzig Jahre lang, von der letzten gerichtlichen Handlung an, wieder aufgenommen werden[cc]). 2) Solche Klagen, die sonst in 10, 20 oder 30 Jahren erlöschen, dauern, wenn sie Kirchen oder milden Stiftungen zustehen, vierzig Jahre[dd]).

Eine kürzere Dauer (actiones temporales) haben 1) Klagen, mit denen die besondern fiscalischen Rechte geltend gemacht wer-

---

bb) Bey den folgenden Ausnahmen sind nur die genannt, die sich auf ganze Classen von Klagen beziehen, die bloß für einzelne Klagen geltenden Abweichungen sind bey diesen zu bemerken. Eine auch diese einzelnen Ausnahmen begreifende Zusammenstellung der Verjährungszeiten s. bey Göschen: Grundriß §. 150. 151. Vorlesungen I §. 150. 151.

cc) L. 9 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Vgl. §. 96.

dd) Nov. 111. 131 c. 6. Den Klagen der römischen Kirche hat die Praxis des Mittelalters und das canonische Recht eine Dauer von hundert Jahren gegeben, Auth. Quas actiones C. de SS. eccl. (1, 2), c. 13. 14. 17. X. de praescr. (2, 26), c. 2 eod. in VI. (2, 13). Im römischen Rechte, wo Justinian die hundertjährige Verjährung zuerst (L. 23 C. de SS. eccl.) allen Kirchen seines damaligen Reichs verlieh, nachher (Nov. 9) auf die römische und die übrigen occidentalischen Kirchen erstreckte, endlich aber durch die cit. Novelle 111 allgemein wieder aufhob, ist dieses Vorrecht nicht gegründet, vgl. Savigny §. 247. — Streitfrage: ob nicht die Städte den Kirchen gleichzustellen sind? In L. 23 cit. waren sie dieß hinsichtlich der hundertjährigen Verjährung, bey der Aufhebung dieser werden sie nicht weiter erwähnt, nur den Kirchen wird die vierzigjährige statt jener gegeben, ja es wird ausdrücklich gesagt, daß für alle andern Personen und Rechtssachen die dreißigjährige gelten soll, Savigny a. a. O. (Pfeiffer, im Archiv für civ. Pr. XXVIII. 6 [1846]. R.) — Weitere Streitfragen: ob nicht dem Fiscus — und damit auch dem Regenten und seiner Gemahlin, L. 6 §. 1 D. de iure fisci (49, 14) — für seine Klagen (nämlich abgesehen von den auf besonderem fiscalischen Recht beruhenden, s. unten Note ee) das Vorrecht der vierzigjährigen Verjährung zustehe? Nur für die Vindication der fundi patrimoniales und die Klage aus der Canonforderung bey denselben ist diese Verjährung vorgeschrieben, L. ult. C. de fund. patrim. (11, 61), in einem andern Fall ist die dreißigjährige zugelassen, L. 6 C. de fund. rei priv. (11, 65). Savigny a. a. O.

den, sie verjähren in zwanzig Jahren[ee]; 2) die prätorischen Pönalklagen, sie verjähren in einem Jahr[ff]; 3) die Klagen, welche die Untersuchung der Rechtsfähigkeit einer Person nach ihrem Tode zum Zweck haben, sie werden nur während fünf Jahren nach diesem Zeitpunkt zugelassen[gg].

§. 92.

Die Wirkung der Verjährung ist, daß der Klage eine Einrede (praescriptio oder exceptio temporis) entgegensteht, durch die sie gegen den zu dieser Einrede Berechtigten unwirksam gemacht und also zerstört wird[hh]. Auf die materielle Wirkung dieser Einrede kann der Grund derselben nicht ohne Einfluß seyn, dieser Grund ist die andauernde Versäumung des Gebrauchs einer der verschiedenen Arten, wie ein Recht unmittelbar oder mittelbar geltend gemacht werden kann, nämlich der Klage; als Folge der Verjährung läßt sich daher auch nur der Verlust dieses versäumten Rechts-

ee) L. 13 pr. D. de div. temp. pr. (44, 3), L. 2 §. 1 L. 3. 4 §. 1 D. de requirendis (48, 17), L. 1 §. 3 D. de iure fisci (49, 14). Ausnahmen: die Klage auf commissa verjährt in fünf Jahren, L. 2 C. de vectig. (4, 61), der Anspruch auf bona vacantia in vier, L. 1 C. de quadr. praescr. (7, 37).

ff) L. 35 pr. D. de O. et A. (§. 89 Note b), L. ult. D. de pop. act. (47, 23): Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur. Entschieden gilt diese Regel von den poenales auf Seiten des Klägers (also auf Bereicherung), doch mit Ausnahme der actio furti manifesti, pr. I. de perp. et temp. act. (4, 12), der actio servi corrupti, L. 13 pr. D. de servo corr. (11, 3), der actio aus einem s. g. depositum miserabile, L. 18 D. depos. (16, 3), der actio ex delicto adversus nautas etc., L. ult. §. ult. D. nautae, caup. (4, 9), der actio de effusis et deiectis, soweit sie nicht eine Popularklage ist, L. 5 §. 5 D. de his qui effud. (9, 3), bey welchen allen auch die Strafe noch nach einem Jahr gefordert werden kann. Zweifelhaft ist, ob der Grundsatz der einjährigen Verjährung auch von den prätorischen Strafklagen, die es nur auf Seiten des Beklagten sind (§. 84), gilt, wie Savigny §. 247 behauptet; einige derselben sind ihr gewiß unterworfen, und von diesen gilt der Grundsatz, daß sie perpetuae sind, wenn sie auf das an den Beklagten Gekommene beschränkt werden, L. 4 D. de interd. (43, 1): Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo quod ad eum cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum, Sabinus respondit (Paul.).

gg) Dig. XL. 15, Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

hh) Vgl. L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

mittels erwarten, die Aufhebung aller übrigen allerdings unvollkommenen Arten der Geltendmachung und somit dem Effect nach des Rechts selbst wäre eine Folge, deren Festsetzung ganz willkürlich wäre und über die Natur des Instituts hinausginge, ja die bey in rem actiones zu widersinnigen Resultaten führen würde, die aber auch bey persönlichen Klagen nirgends im römischen Recht angeordnet ist[ii]). Dem Gläubiger, dessen persönliche Klage

ii) Eine in der neuesten Zeit vielfach behandelte Controverse. Für die Zerstörung jeder Wirkung des Rechts als Folge der Klagverjährung haben geschrieben: v. Löhr, Archiv für civ. Pr. X. 2 (1827), Heimbach, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. I. 22 (1828), Vermehren, ebend. II. 9 (1829), Büchel, civilr. Erörterungen I. 1 (1832, der eifrigste Kämpfer für diese Ansicht, welcher in einem Anhang zu Erört. I. 3 und in einem zweiten zu II. darauf zurückgekommen ist, mit Aufzählung der Schriftsteller, die ihm gefolgt seyen), Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 210 ff. (1839), Vangerow, Leitfaden I S. 176 ff. (1839). Als Vertheidiger der richtigen Ansicht, oder wenigstens gegen jene sind aufgetreten: A. D. Weber, Beitr. zur Lehre von Kl. und Einreden, S. 7 ff. 52 ff. (1789), Francke, civil. Abhandl. 2 (1826), Guyet, Archiv für civ. Pr. XI. 5 (1828), Unterholzner, Verjährungslehre II §. 258 (1828), Roßhirt, Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. I S. 156 ff. (1832), S. 390 ff. (1833), Mühlenbruch, Lehrbuch II §. 481, Savigny, System V §. 248—251. — Man kommt in Gefahr, den Gegnern Unrecht zu thun, wenn man ihren einzelnen Gründen mit zu großer Genauigkeit nachforscht, es sind Stellen, wie L. 6 D. de O. et A. (§. 75 Note d) — L. 37 D. de fideiuss. (46, 1): Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. Vgl. Savigny a. a. O. S. 398. L. 25 §. 1 D. ratam rem (46, 8): — qui tempore liberaretur — post tempus liberato iam debitore —, bey deren Benutzung gerade die Hauptfrage, ob die Klagverjährung gemeint ist, umgangen wird, L. 18 §. 1 D. de pec. const. (13, 5): Quod adiicitur: eamque pecuniam cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. Die neuesten Vertheidiger jener Meinung führen diese Stellen selbst nur als Nebengründe an, indem sie sich vor allem auf die vermeinte Natürlichkeit derselben verlassen, eine Vorstellung, die sich auf die sonst herrschende Theorie von der Verjährung als eines allgemeinen Endigungsgrunds von Rechten als auf ihre eigentliche, zum Theil unbewußte Quelle zurückführen läßt.

verjährt ist, stehen daher noch zu Gebot 1) die unmittelbare Geltendmachung der Forderung durch soluti retentio, und durch die Einrede der Compensation[kk]), 2) die mittelbare Geltendmachung in den Rechten, die eine Accession der Forderung bilden, so namentlich in dem Pfandrecht[ll]), der Bürgschaft, dem Constitutum. Es bleibt also nach der Verjährung der Klage eine naturalis obligatio zurück (§. 237).

D. Von den Einreden.

1. Begriff.

§. 93.

Die einfachste Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage ist die, daß er das Daseyn des Rechts, welches der Kläger geltend macht, leugnet, entweder überhaupt oder in dem Umfang, den der Kläger in Anspruch nimmt. Diese (gänzliche oder theilweise) Negation kann entweder auf das Daseyn des Rechts überhaupt (einfache Negation), oder bloß auf das gegenwärtige Daseyn desselben (qualificirte Negation) gerichtet seyn, im letzten Fall liegt in der Negation die Behauptung der geschehenen Aufhebung, sey es des Rechts im Ganzen oder des Theils desselben, welcher verneint wird. Nun kann aber dem Recht des Klägers und seiner Geltendmachung ein Umstand entgegenstehen, entweder ein von Anfang vorhandener (z. B. Zwang zu dem Rechtsgeschäft, durch welches das Recht des Klägers entstanden ist), oder ein nachher eingetretener (z. B. Entstehung einer compensablen Gegenforderung des Beklagten), der es nicht vernichtet (ungeachtet dessen also das Recht ipso iure besteht), sondern der dem Beklagten das Recht giebt, die gänzliche oder theilweise Absolution von der Klage zu fordern. Dieses Recht des Beklagten steht als seine zweite mögliche Vertheidigung der Negation (der einfachen und der qualificirten) als der ersten Vertheidigungsweise gegenüber, und heißt

kk) Ohne Grund haben manche Anhänger der richtigen Ansicht die Compensation preisgegeben, z. B. Unterholzner. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 208 Note oo.

ll) Dieser Punkt ist auf das unzweifelhafteste festgestellt durch die Vorschrift, daß die hypothekarische Klage unter Umständen eine längere Verjährungszeit hat als die persönliche. S. auch L. 2 C. de luit. p. (8, 31): Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. L. 50 D. de minor. (4, 4).

exceptio im materiellen Sinn[a]). Exceptio ist sonach das dem klägerischen Anspruch entgegenstehende Recht des Beklagten, welches jenen, auch wenn er ipso iure besteht (und also nicht zu negiren ist), ganz oder theilweise unwirksam macht[b]).

Die verschiedenen Vertheidigungsarten wiederholen sich für den Kläger gegenüber der Exception, er kann sie negiren oder eine exceptio exceptionis vorschützen, welche Replik heißt[c]), ferner für den Beklagten gegenüber der Replik, er kann sie negiren oder ihr eine exceptio replicationis entgegensetzen, welche Duplik genannt wird u. s. f.

2. Arten.

§. 94.

Die Einreden gründen sich theils auf processualische Vorschriften (z. B. Einrede der Incompetenz des Richters, mangelnder processualischer Cautionen), theils auf das materielle Recht. Unter

a) Auch hier ist, wie bey der Klage (§. 81) der materielle und der processualische Sinn zu unterscheiden. Im letztern ist Exceptio die Proceßhandlung, durch welche jenes Recht, die Exceptio im materiellen Sinn, vorgeschützt wird. Den processualischen Sinn fassen die Beschreibungen der exceptio in L. 2 pr. 22 D. de except. (44, 1) auf.

b) Dieser Begriff und seine civilrechtliche Wichtigkeit ist an sich unabhängig von der processualischen Behandlung des Exceptionsrechts, s. Savigny, System V §. 228 (vgl. auch Brackenhoeft, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XVI. 5, 1842), und über die processualische Behandlung im R. R. Puchta, Cursus der Inst. II §. 170. 171. 185. (Vgl. auch Th. L. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast 1852. Wirth, über das leitende Princip der Beweislast und Einreden 1852. v. Völderndorff, sind die moderne Einrede und die römische exceptio ihrem Begriffe nach verschieden und was ist der Grund hiervon? Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. [1854] XI Num. 10. R.) Im älteren römischen Proceß traten die materiellen Exceptionen als eigenthümliche Proceßhandlungen gegenüber allen Negationen klar hervor, doch nahmen in gewissen Processen (den bonae fidei iudicia) gewisse Exceptionen (die auf Dolus zu fassenden) die processualische Natur von Negationen an. Im heutigen Proceß sind umgekehrt Negationen durch gleiche processualische Behandlung zu den Exceptionen herübergezogen, und von den Processualisten auch mit diesem Namen belegt worden. Dieß hat keinen Einfluß auf den materiellen Begriff der Exceptio, für die Proceßtheorie hat es die nicht beneidenswerthe Folge einer durch die verschiedensten Versuche nicht gehobenen Ungewißheit über den allen diesen s. g. Exceptionen gemeinsamen Begriff gehabt.

c) L. 22 D. de except. (44, 1): — replicatio est contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis.

diesen letzteren bilden eine zahlreiche Classe die, denen der Ausdruck gegeben werden kann, der Kläger handle dolose oder gegen die bona fides, seinen Anspruch zu erheben: exceptio si in ea re nihil dolo malo actoris fiat, oder exceptio doli im weiteren Sinn, die also sehr viele Einreden, ja die meisten außer den Proceßeinreden, in sich begreift [a]). Dahin gehört auch das s. g. Retentionsrecht, d. h. die exceptio doli, welche der Beklagte wegen Gegenansprüchen hat, wenn diese mit dem auf Herausgabe einer Sache gerichteten Anspruch des Klägers connex sind [b]).

Die Einreden sind in der Regel mit dem Beklagtenverhältniß so eng verbunden, daß sie jedem zustehen, der in dieses durch eine Succession oder durch Uebernahme der fremden Verbindlichkeit eintritt: exceptiones rei cohaerentes, eine seltene Ausnahme sind die exceptiones personae cohaerentes [c]). Umgekehrt kann eine Exceptio in Beziehung auf den Kläger in personam seyn [d]), die Regel ist aber auch hier, daß sie jedem, der den zurückzuweisenden Anspruch erhebt, entgegensteht, daß sie also in rem ist [e]).

---

a) L. 2 §. 5 D. de doli exc. (44, 4): Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit. nam si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat. L. 4 §. 1 sqq. L. 8 pr. 12 eod. Eine Zusammenstellung der einzelnen Fälle bey Hänel, Archiv für civ. Pr. XII S. 422 ff. — Etwas anderes ist die exceptio doli in der speciellen Bedeutung, worin sie sich auf einen vergangenen Dolus gründet: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, L. 2 pr. §. 1 D. eod.

b) Z. B. L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 13 §. 8 D. de A. E. V. (19, 1). In einem Fall wegen nicht connexer Gegenforderungen §. 204, in einem andern Fall dagegen (Depositum) gar nicht zulässig. — Irrthümer: 1) das Retentionsrecht sey ein Fall der Selbsthülfe (z. B. Glück, Commentar XV S. 122 f. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 135), 2) es sey als eine Singularität auf die im geschriebenen Recht vorkommenden Beispiele zu beschränken (z. B. Glück a. a. O.), 3) es sey eine Wirkung des Besitzes, eine Vorstellung, die zur Herbeiziehung fremdartiger Verhältnisse und damit zu den ausführlichen Bearbeitungen geführt hat, die diesem Punkt zu Theil geworden sind (von Faselius 1793, Schenck 1837, Luden 1839). (Cramer, Archiv für civ. Praxis XXXVII [1854] Num. 12. 15. R.).

c) L. 7 D. de except. (44, 1), L. 2 §. 2 D. de doli exc. (44, 4).

d) L. 2 §. 1 L. 4 §. 27—29. 31 D. eod.

e) Wie weit sie sich hier erstreckt, hängt von ihrem besondern Inhalt ab, s. z. B. L. 4 §. 33 eod.

Jede Exceptio schließt die Klage aus[f]), aber sie kann dieß entweder für immer thun, also sie aufheben, exceptio perpetua et peremtoria, oder nur für jetzt, also sie aufschieben, exceptio temporalis et dilatoria[g]). Der Grund dieser letzten kann in einer mangelhaften oder in einer vorzeitigen Anstellung der Klage liegen; die Zeit, die hier der Einrede gesetzt ist, kann eine absolute (z. B. exceptio pacti ne intra certum tempus petatur) oder eine relative seyn, z. B. exceptio ordinis, exceptio quod praeiudicium non fiat[h]).

3. Aufhebung.

§. 95.

Eine Einrede kann zerstört werden dadurch, daß ihr Grund wegfällt, aber auch sie selbst und unmittelbar kann aufgehoben werden. Nicht wie die Klagen durch Concurrenz[a]), noch auch durch Verjährung, die hier ihren ersten Bedingungen nach nicht denkbar ist[b]), wohl aber durch Nichtgebrauch, d. h. dadurch, daß sie nicht in der Weise und an dem Ort, wie das Proceßrecht vorschreibt, vorgeschützt wird.

---

f) L. 2 §. 2 D. de except. (44, 1).

g) L. 3 eod. §. 8—10 I. eod. (4, 13).

h) L. 13. 16. 21 D. eod., L. 12 eod.: Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit. L. 6 D. si ingen. (40, 14).

a) L. 8 D. de except. (44, 1): Nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversae sunt. L. 5. 9 eod., L. 43 pr. D. de R. I. (50, 17): Nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

b) L. 5 §. 6 D. de doli except. (44, 4): — perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. L. 5 C. de except. (8, 36). Der Umstand, daß der Exceptionsberechtigte daneben auch eine Klage hatte und diese versäumte, kann nichts ändern. S. Savigny, System V §. 253—255. Es gilt also der Grundsatz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, nicht der entgegengesetzte, den die französischen Juristen so ausgedrückt haben: tant dure l'action, tant dure l'exception.

III. Einfluß des Verfahrens auf die Rechte.

A. Litiscontestation[a]).

§. 96.

Die Anhängigmachung des Rechtsstreits und Entstehung des Proceßverhältnisses unter den Parteien, welche als Litiscontestation bezeichnet und im neuern Recht auf die erste Beantwortung der Klage durch den Beklagten, sofern sie eine Uebernahme derselben enthält, gesetzt ist[b]), — hat wesentlich die Wirkung, daß die erhobenen rechtlichen Ansprüche von dem Ausgang dieses Processes abhängig gemacht werden, und darin liegt 1) die Ausschließung einer anderweitigen Geltendmachung des Rechts[c]), 2) eine Verpflichtung zu der Gestalt, die der Ausgang des Processes den Rechten der Parteien geben wird[d]).

Einzelne Wirkungen, die in näherem oder entfernterem Zusammenhang mit diesem Princip stehen sind folgende: a) die Klage geht nun, wenn sie sonst diese Eigenschaft nicht hatte (§. 88), auf und gegen die Erben[e]). b) Die Klage wird nach älterem Recht

---

a) Keller, über Litiscont. u. Urtheil nach class. R. R. 1827. (Vgl. die Rec. von Bethmann-Hollweg in der Tüb. Zeitschr. für Rechtswissensch. [1829] V S. 65—97. R.) Puchta, Cursus der Inst. II §. 172. 173. (Wächter, Erörterungen aus dem röm., deutschen und würtemb. Privatr. Heft 2. 3. [1846]. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. 2 Thle. 1847. Savigny, System VI Abth. 1 [1846] und [mit Rücksicht auf die canonistische Doctrin und Praxis] Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht [1848]. Bekker, die processualische Consumption im class. R. R. [1853]. R.)

b) Vgl. L. un. C. de litiscontestatione (3, 9).

c) Nach justinianischem Recht setzt dieß voraus, daß die Litiscontestation auch wirklich zur Entscheidung des Rechtsstreits geführt hat, darum wird die exceptio rei in iudicium deductae dort nicht mehr erwähnt, sondern ist durch die exceptio rei iudicatae absorbirt. Vgl. L. 4 §. 3 D. de nox. act. (9, 4), L. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5).

d) Bey Klagen und Forderungen nimmt dieß die Form einer Novation an.

e) §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), L. 26. 58 D. de O. et A. (44, 7) — wegen L. 33 eod. vgl. Savigny, System V §. 211 Note g — L. un. C. ex del. def. (4, 17). Bey der Inofficiositätsquerel ist nicht einmal die L. C. nöthig, sondern der Entschluß zu ihrer Anstellung hinreichend. Bey dem Landfriedensbruch soll die Klage auf Schadenersatz oder Strafe schon durch die wirksame Anstellung derselben auf die Erben des Beklagten transmittirt werden, K. G. O. 1555 II. 9, 6. R. D. A. 1557 §. 22.

perpetuirt[f]), nach neuerem wird sie einer neuen Verjährung von vierzig Jahren unterworfen[g]). c) Litigiosität der in dem Streit befangenen Sache und der Klage selbst, daher Unveräußerlichkeit jener und Nichtcessibilität dieser[h]). d) Der Kläger hat Anspruch auf alles, was er gehabt haben würde, wenn der Beklagte schon zur Zeit der L. C. seine Schuldigkeit gethan hätte (quale est cum petitur, tale dari debet)[i]). e) Die Existenz des Rechts wird nach der Zeit der L. C. beurtheilt, eine spätere Aufhebung schadet nicht[k]),

---

f) L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2), L. ult. D. de fidei. tut. (27, 7), vgl. §. 90 Note p.

g) §. 91 Note cc. Man sollte glauben, daß diese Wirkung demselben Umstand beigelegt seyn müsse, dem auch die Unterbrechung der Verjährung, und dieß ist auch die Meinung Vieler (s. auch Savigny V S. 323); was dagegen spricht, ist die Aufnahme der Stellen Note f, die im just. Recht nur den Sinn haben können, den Eintritt jener Wirkung zu bestimmen.

h) L. 1 §. 1 D. de litigiosis (44, 6), L. 2 C. eod. (8, 37). (Brinkmann, Darstell. der rechtl. Grunds. über die Litigiosität 1849. Ueber die Entstehung des Verbotes vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Civilr. [1848] Num. 2. Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXV. 13 [1852] XXXVI. 3 [1853]. R.) Vindicirte Sachen sollen nach Nov. 112 c. 1 schon durch die richterliche Mittheilung der Klage an den Beklagten zur Beantwortung litigiose werden. (S. dagegen Zimmermann a. a. O. XXXV. 13 S. 441 f. Justinian hat das ältere Recht L. 1 §. 1 D. eod. L. 2. 4 C. eod. nur in Betreff der Klage, nicht des Anfangspuncts der Litigiosität geändert. R.) — Eine Ausnahme machen nothwendige Veräußerungen, L. 13 D. fam. erc. (10, 2), Bestellung einer Dos und Donatio propter nuptias, vergleichsweise Veräußerung, Erbtheilung, Vermächtniß, L. 4 in f. C. de litig. (8, 37). (Die Praxis hat das Veräußerungs- und Cessionsverbot in den Satz umgewandelt, daß der neue Erwerber in Betreff der Rechtskraft des Urtheils ganz an die Stelle des cedirenden Klägers oder veräußernden Beklagten tritt. Zimmermann a. a. O. XXXVI S. 54 ff. R.)

i) L. 40 pr. D. de H. P. (5, 3), L. 20 D. de R. V. (6, 1), L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1), L. 2. 3 §. 1 L. 34. 35. 38 §. 7—15 D. de usur. (22, 1). (Proceßzinsen: Savigny, System VI §. 268—271. R.) Der Werth des Gegenstandes selbst bestimmt sich bey stricta iudicia nach der Zeit der L. C., nicht nach einer späteren, bey andern nach der Zeit des Urtheils, L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), L. 37 D. mand. (17, 1), vgl. L. 22 D. de reb. cred. (12, 1), L. 11 D. de re iud. (42, 1). (Savigny a. a. O. §. 275. 276. Büff, Archiv für civ. Pr. XXXIII. [1850] 5. 10. R.)

k) L. 18. 20 D. de R. V. (6, 1), L. 8 §. 4 D. si serv. (8, 5). Bey Forderungen ist ein Unterschied zwischen obligationes stricti iuris und bonae fidei, bey den letzteren bewirkt eine Tilgung nach der L. C. Absolution des

eine spätere Entstehung nützt nicht[l]). f) Wo mit dem Recht des Klägers nicht zugleich der Beklagte gegeben ist, sondern dieser durch einen veränderlichen Umstand (Besitz oder Eigenthum einer Sache) gegeben wird, da entscheidet grundsätzlich die Zeit der L. C. Dieß wird zum Nachtheil des Beklagten streng eingehalten bey Noxalklagen[m]), bey Klagen gegen den Bereicherten[n]); bey arbitrariae actiones gegen den Besitzer wird der Beklagte durch den schuldlosen Verlust des Besitzes frey, umgekehrt haftet er, wenn er ihn nach der L. C. erwirbt[o]). Wer als Besitzer belangt wird, und ohne Besitzer zu seyn wissentlich die Klage übernommen hat (liti se obtulit), wird durch die L. C. einem wirklichen Besitzer in der Haftung gleichgestellt[p]). g) Ein bonae fidei possessor kommt durch die L. C. in manchen Beziehungen in die Lage eines malae fidei possessor[q]).

Beklagten, doch war schon unter den römischen Juristen eine Controverse, ob dieß nicht auch für die ersten gelten müsse, welche Ansicht Justinian recipirt hat, §. 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12), vgl. Gai. IV. 114. Puchta, Cursus der Inst. II §. 172 Note h. (Einen Versuch abgesonderter Bearbeitung dieses Punktes enthält Rob. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses in seinem Verhältniß zum Endurtheil. 1852. Vgl. darüber Heidelb. Jahrb. I. 3 [1852] S. 253. 259 f. R.)

l) L. 23 D. de iudic. (5, 1): Non potest videri in iudicium venisse id quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.

m) Daß dem Beklagten hinterdrein die Möglichkeit der noxae deditio durch den Verlust der Sache entgeht, befreit ihn nicht, L. 1 §. 16 D. si quadrup. (9, 1), L. 37 D. de nox. act. (9, 4).

n) L. 37 pr. D. de neg. gest. (3, 5), L. 20 D. qu. metus (4, 2), L. 47 D. de solut. (46, 3). Abweichung bey der hereditatis petitio, L. 36 §. 4 D. de H. P. (5, 3), und wo die Existenz eines Guts nicht sowohl für die Begründung der Klage, als für die Höhe der Condemnation entscheidet, wie bey der actio de peculio, L. 30 pr. D. de pecul. (15, 1), L. 35 D. de fideiuss. (46, 1), bey der Competenzwohlthat, L. 63 §. 6 D. pro soc. (17, 2), L. 15 pr. D. sol. matr. (24, 3); hier entscheidet die Zeit der Sentenz.

o) L. 18 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 27 §. 1 L. 42 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 4—6 D. ad exhib. (10, 4).

p) L. 45 D. de H. P. (5, 3), L. 25 D. de R. V. (6, 1).

q) L. 45 eod., L. 22 C. eod. (3, 32), L. 2 C. de fructib. (7, 51). Daß gerade die L. C. als Zeitpunkt dieser Wirkung gesetzt ist, hängt mit der Natur der Sache selbst nicht wesentlich zusammen; es ließe sich sehr wohl rechtfertigen, statt ihrer den Zeitpunkt der Mittheilung der Klage, wodurch

B. Beweis.

1. Beweislast[a]).

§. 97.

Damit der Richter das Recht auf den seiner Entscheidung unterworfenen Fall anwende, muß ihm die juristische Gewißheit der den Rechtsfall bildenden Thatsachen verschafft: die Thatsachen müssen bewiesen werden. Gegenstand des Beweises, der den Parteien obliegt und in der von dem Proceßrecht vorgeschriebenen Form und Ordnung zu führen ist, sind 1) nur Thatsachen, nicht die anzuwendenden Rechtssätze (§. 109), 2) nur Thatsachen, von denen die Entscheidung abhängt (relevante), 3) nur ungewisse; ungewiß aber wird eine Thatsache für den Richter durch ihre Bestreitung von Seiten des Gegners[b]), diese Bestreitung ist ausgeschlossen a) bey notorischen d. h. so allgemein bekannten Thatsachen, daß für den Gegner keine Möglichkeit übrig bleibt, sie zu ignoriren[c]), b) bey den Thatsachen, für die eine s. g. praesumtio iuris et de iure besteht, d. h. Thatsachen, deren Bestreitung eine besondere Rechtsvorschrift für unzuläßig erklärt[d]).

Der Beweis ist eine Last (onus probandi), weil, wenn der, welchem er obliegt, ihn nicht führt (sey es, daß er überhaupt nicht

---

der Beklagte von der Bestreitung seines Rechts unterrichtet wird, anzunehmen. Dieß haben in der That die späteren römischen Juristen, wenigstens gewiß bey der Erbschaftsklage, gethan, L. 20 §. 11 L. 25 §. 7 D. de H. P. (5, 3), und die heutige Praxis hat sich dieser Ansicht für alle Fälle zugeneigt.

a) Dig. XXII. 3: de probationibus et praesumtionibus. Cod. IV. 19: de probationibus. A. D. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilpr. 1805, herausg. von Heffter 1832. Borst, über die Beweislast im Civilpr. 1816. Bethmann-Hollweg, üb. d. Beweislast, Versuche 5 (1827). Bayer, Vorträge üb. d. Civilpr. S. 427 ff. Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 284 ff. (Vgl. auch §. 93 Note b. R.)

b) Daher hebt das gerichtliche Geständniß einer Thatsache diese über die Sphäre des Beweises hinaus. Mit Unrecht behandeln die neuern Processualisten (die älteren hatten darüber richtigere Vorstellungen) es als Beweis, und lassen daher ohne weiteres einen Gegenbeweis des Geständigen zu (s. z. B. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 310 ff.). Erst die Anfechtung und Aufhebung des Geständnisses kann die Thatsache wieder zum Gegenstand des Beweises machen. S. auch Brackenhoeft, Archiv für civ. Pr. XX S. 377 ff. Bayer, Vorträge S. 411 f. (Savigny, System VII 1848 §. 308 S. 39—44. R.)

c) Vgl. c. 3 X. de testib. (2, 21).

d) S. z. B. §. 41 Note i.

unternommen wird, oder mißlingt, oder durch einen Gegenbeweis entkräftet wird), nicht etwa die frühere Ungewißheit fortdauert, sondern das Gegentheil als wahr angenommen wird. Diese Last trifft vor allem den Kläger[e]), dann aber, wenn er bewiesen hat, auch den Beklagten[f]), beide in Beziehung auf die Thatsachen, auf die sich ihr Anspruch (auf Anerkennung ihrer Rechte und Verurtheilung des Gegners, oder auf Entbindung von dessen Ansprüchen) gründet, seyen sie übrigens positive oder negative[g]). Es giebt aber Thatsachen, welche nach rechtlicher Vorschrift vermuthet werden sollen (praesumtio iuris), so daß der sie für sich Anführende des Beweises überhoben ist, und den das Gegentheil Behauptenden der Beweis trifft. Solche sind: die Fortdauer eines Zustandes, dessen Entstehung erwiesen ist, daher der Beweis eines Rechts durch den Beweis seiner Erwerbung geführt ist, und dem die gegenwärtige Existenz leugnenden Gegner der Beweis dieser Behauptung, also der Aufhebung des Rechts, obliegt[h]); die naturalia negotii (§. 58)[i]); wenn die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts, die in dem Act selbst hervortreten und diesen bilden, bewiesen sind, die Existenz der übrigen, deren Mangel also der Gegner

---

e) L. 21 D. de probat. (22, 3): Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit, L. 8 eod., L. 2. 8. 15. 20. 23 C. eod. (4, 19). L. 15 D. de O. N. N. (39, 1): — ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. L. 4 C. de edendo (2, 1): — actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6). — Bey iudicia duplicia (§. 85 a. E.) tritt auch in Beziehung auf die Beweislast in Wirkung der Umstand, daß singulae personae duplex ius habent, agentis et eius cum quo agitur, L. 10 D. fin. reg. (10, 1).

f) L. 9. 19 pr. 25 §. 2 D. de probat. (22, 3), L. 19 C. eod. (4, 19), L. 1 D. de except. (44, 1): Agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

g) L. 5 pr. 11. 12. 14. 17. 18 §. 1. 2 L. 19. 23. 25 pr. §. 2 D. de probat. (22, 3), L. 1. 9. 16. 23 C. eod. (4, 19). Unrichtig ist die Regel: affirmanti incumbit probatio, einen ganz andern Inhalt hat L. 2 D. eod. Ei incumbit probatio, qui dicit (der einen Anspruch macht), non qui negat (der einen Anspruch leugnet).

h) L. 12. 22. 25 §. 2 D. L. 12. 16 C. eod.

i) L. 9 D. eod.

zu beweisen hat[k]); die Unbedingtheit eines Geschäfts, daher der die Bedingung Behauptende sie beweisen muß[l]); die bona fides. Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache (s. g. praesumtio facti s. hominis) überhebt des Beweises nicht[m]).

2. Beweisführung.

§. 98.

Dem Richter kann die juristische Gewißheit verschafft werden 1) durch seine eigene Wahrnehmung der zu beweisenden Thatsache: sinnliche (Augenschein) und intellectuelle (auf Schlüssen aus anderen Thatsachen beruhende); 2) durch die Wahrnehmung Anderer, sofern sie zuverlässig und beglaubigt ist; dahin gehören die Aussagen a) der Parteien, wenn sie entweder zu ihrem Nachtheil gereichen (Bekenntniß)[a]), oder durch Eid bekräftigt sind, die Berufung zu diesem Mittel der Bewahrheitung vorausgesetzt[b]), b) Dritter, entweder aus ihren einfachen sinnlichen Wahrnehmungen (Zeugen)[c]), oder aus ihren Urtheilen über solche wahrgenommene Thatsachen (Sachverständige); c) der Inhalt von Urkunden, in welchen Aussagen der Parteien oder Anderer niedergelegt

---

k) L. 5 §. 1 D. L. 11 C. eod., L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), c. 16 X. de praesumt. (2, 23), c. 3 X. de succ. ab int. (3, 27).

l) Bestritten, vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 354 f. Hasse, Rhein. Mus. III S. 134 ff. — (Wegen der von Hänel, Zeitschr. für Civilr. N. F. I. 8. [1845] versuchten Unterscheidung einseitiger und gegenseitiger Obligationen, Götting, ebend. III. 5 [1847]. Vgl. jedoch Hänel's Entgegnung daselbst IV. 10. — Ebenso wird die Voraussetzungslosigkeit [§. 63] präsumirt, wer also behauptet, eine Voraussetzung gemacht zu haben, muß dies beweisen. Windscheid, Voraussetzung [1850] S. 189. 198. Nur dem Aussteller einer cautio indiscreta wird ohne Beweis geglaubt, daß er sie unter Voraussetzung einer Schuld ausgestellt habe, §. 257 h. — Streitfrage: Präsumtion des Irrthums [c. 47 de R. I. in VI (5, 12), praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur] und der Entschuldbarkeit des factischen: Savigny, System III S. 440. 467. Dagegen Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums 1852 S. 29. 40. R.)

m) L. 10. 17. 22 C. de probat. (4, 19).

a) L. 4. 5. 7. 8 D. de confessis (42, 2). (Savigny, System VII [1848] §. 303—307 S. 7—39 §. 308 S. 44—47. R.)

b) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. (Savigny, System VII [1848] §. 309—313. S. 47—90. R.)

c) Dig. XXII. 5 Cod. IV. 20: de testibus.

sind[d]). Unser Recht stellt möglichst bestimmte Regeln darüber auf, wann und unter welchen Voraussetzungen jene Beweisgründe die juristische Wahrheit für den Richter hervorbringen, während im römischen Recht zwar nicht das entgegengesetzte Princip (welches alles auf die Subjectivität des Richters stellen würde) angenommen, aber ein Mittelweg zwischen diesen beiden Extremen eingeschlagen wird.

C. Urtheil[a]).

§. 99.

Die Wirkung einer gültigen und rechtskräftigen Sentenz ist die Beendigung des Streits[b]), also die Wahrheit dessen, was sie über die in iudicium deducirten Rechte der Parteien ausspricht, für diese: res iudicata pro veritate accipitur inter partes[c]). Eine besondere von dem Inhalt des Urtheils unabhängige Wirkung (eine Wirkung des Processes, die durch die Litiscontestation eingeführt, durch das Urtheil bestätigt wird) auf eine in iudicium deducirte Obligatio ist die Novation derselben.

Jene Wahrheit des Inhalts der Sentenz gilt vor allem von der Verbindlichkeit, die eine condemnatorische Sentenz ausspricht. Diese begründet daher eine neue Obligatio (obligatio iudicati), die gegen den Verurtheilten mit der actio iudicati (auf Execution

---

d) Dig. XXII. 4 Cod. IV. 21: de fide instrumentorum et amissione eorum.

a) Dig. XLII. 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. XLIV. 2: de exceptione rei iudicatae. Cod. VII. 45: de sententiis et interloc. omnium iudicum. 52: de re iudicata. 56: quibus res iud. non nocet. 60: inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. (Savigny, System VI §. 280 ff. R.)

b) L. 1 D. de re iud. (42, 1): Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronunciatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. L. 6 D. de exc. rei iud. (44, 2).

c) L. 207 D. de R. I. (50, 17), L. 63 D. de re iud. (42, 1), L. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 2 C. quib. res iud. (7, 56). Eine über die Parteien und ihre Successoren hinausgehende Wirkung hat die Sentenz über den Status einer Person, L. 25 D. de statu hom. (1, 5), L. 2. 3 pr. D. de agnosc. lib. (25, 3), über die Inofficiosität, L. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2), und sonstige Ungültigkeit eines Testaments, L. 50 §. 1 D. de leg. I. (30), L. 14 D. de appell. (49, 1), auf Popularklagen, L. 3 pr. D. de pop. act. (47, 23). Vgl. L. 3 pr. D. de pignor. (20, 1), Puchta, Cursus der Inst. II §. 172.

der Sentenz) geltend gemacht wird[d]), nach der dem Condemnirten verwilligten Frist, die bey der Sentenz auf eine persönliche Klage regelmäßig vier Monate beträgt[e]).

Jede Partey ferner, zu deren Gunsten etwas in dem Urtheil enthalten ist, kann die Wahrheit desselben gegen einen ihm widerstreitenden, also das rechtskräftig Entschiedene später wieder in Frage stellenden Anspruch des Gegners aufrecht erhalten und diesen Anspruch zurückweisen mit der exceptio rei iudicatae[f]). Sie setzt voraus, daß unter denselben Personen (oder solchen, die aus irgend einem Rechtsgrund an die frühere Proceßführung gebunden sind)[g]), dieselbe schon entschiedene Frage zum Gegenstand der Entscheidung gemacht werden soll[h]). Dieselbe Frage: also dasselbe Object (ganz oder theilweise)[i]), und dasselbe Recht, das dem Kläger in dem früheren Urtheil abgesprochen worden ist[k]). Bey persönlichen Klagen hängt die Identität des Rechts, über welches gestritten wird, von der Identität des Entstehungsgrunds ab (Note m), nicht so bey in rem actiones, wo das Recht (Eigenthum, Servitut ꝛc.) bey verschiedenen Erwerbsarten doch stets dasselbe ist, die origo petitionis das Recht (die causa actionis) nicht zu einem

---

d) L. 4—6 D. de re iud. (42, 1), L. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1).

e) L. 7 D. de re iud. (42, 1), L. 2. 3 C. de usuris rei iud. (7, 54). Beschränkung oder Erweiterung, L. 2. 31 D. de re iud., c. 15 X. de sent. et re iud. (2, 27). Wegen der in rem actiones s. §. 2 I. de off. iud. (4, 17).

f) L. 7 §. 1 D. de compens. (16, 2), L. 6. 15. 19 D. de exc. rei iud. (44, 2). L. 7 §. 4 eod.: Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur (Ulpian.). (Rechtskraft der Entscheidungsgründe: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XII Num. 9. R.).

g) Note c. L. 4. 9 §. 2 L. 11 §. 3. 7—10 L. 22. 28 eod., L. 4 §. 3. 4 L. 19 D. si serv. (8, 5).

h) Note f. L. 5. 12—14. 31 D. de exc. rei iud. (44, 2).

i) L. 7. 21 eod. (Vgl. Puchta, Vorles. §. 99 Note 4 ed. 4. R.)

k) L. 27 eod.: Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset (Nerat.).

andern macht [l]), daher dem Kläger die exceptio entgegensteht, auch wenn er jetzt einen andern Erwerbsgrund anführt, als früher [m]).

IV. In integrum restitutio [a]).

A. Begriff.

§. 100.

Der ordentliche Rechtsschutz, von dem bisher die Rede war, setzt eine Rechtsverletzung voraus. Aber es kann jemand durch

l) L. 11 §. 1. 2. 4. 5 D. eod.: Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. — — Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio — —. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Nam qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit (Ulpian.).

m) L. 14 §. 2 D. eod. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest (Paul.). Gegen den alten Irrthum, daß man sich durch Anführung einer bestimmten Erwerbsart in der Klage die Wiederholung der Vindication durch den ganzen Catalog der Eigenthumserwerbsarten hindurch salviren könne, Puchta, über die expressa causa bey der Eigenthumskl., Kleine civilist. Schriften 1851, S. 170 ff. Cursus der Inst. II §. 175 a. E., für denselben Heffter, Rhein. Mus. III S. 222 ff. (Savigny, System VI Beil. XVII, Buchka, Einfluß des Prozesses I S. 145 II S. 192 nach heutigem Recht. Dernburg, Verh. der h. p. [1852] S. 31, der auch die bisher unberücksichtigte L. 7 §. 2 D. de H. P. [5, 3] hierher zieht. R.). — Vgl. noch §. 104 Note ee.

a) Dig. IV. 1: de in integrum restitutionibus. IV. 2—6. Cod. II. 20—54. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. v. Schröter, über Wesen und Umfang der i. i. r., Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. (1833) VI S. 91 ff. Puchta, Cursus der Inst. II §. 177. 209. (Savigny, System VII [1848] S. 90—309. R.)

das Recht selbst in einen Nachtheil kommen, der mithin zwar auf keinen Fall ein formelles Unrecht ist, das ihm widerfährt, aber der sich dem über die Schranken des gewöhnlichen Rechts hinausreichenden Blick dennoch als ein Unrecht, als eine Verletzung des höheren Gerechtigkeitsgefühls darstellen kann. Ist nun der Fall nicht von der Beschaffenheit, daß man den Beschädigten auf die nöthige Aufmerksamkeit und Sorgfalt im rechtlichen Verkehr, wodurch der von der Praxis des Rechts nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Nachtheils zu begegnen ist, verweisen kann, so entsteht das Bedürfniß eines außerordentlichen Schutzes gegen das Recht und seine Folgen im Interesse der höheren Gerechtigkeit, und dieser Schutz ist die in integrum restitutio, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines früheren Zustandes, denn diese hat es mit andern gemein[b]), auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe', sondern darin, daß es auf der über Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat[c]).

---

b) Ja mit solchen Fällen, die gar nicht Rechtsmittel genannt werden können, z. B. postliminium, L. 10 C. de postl. revers. (8, 51), restitutio famae, L. 1 §. 10 D. de postul. (3, 1).

c) L. 3 D. de in int. rest. (4, 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Etwas anderes ist die Restitution als Gegenstand eines gewöhnlichen Rechtsmittels, durch welches ein ipso iure bestehender Zustand angefochten werden kann, während die Voraussetzungen dieser Anfechtung bestimmt gegeben sind, und die Behörde nur, wie bey jedem andern Rechtssatz auch, die Aufgabe ihrer Anwendung auf den concreten Fall hat, ohne über ihre Rechtmäßigkeit selbst ein Urtheil zu haben. Manche Fälle der i. i. r., die es im früheren Recht waren (und die daher auch wohl noch in den römischen Rechtsbüchern die herkömmliche Stelle unter den Restitutionen behalten haben), sind nachher aus dieser Reihe heraus und in die der gewöhnlichen Rechtsmittel eingetreten (§. 102). Auf der andern Seite aber darf die Restitution auch nicht für eine Gnadensache gehalten werden (wie Burchardi a. a. O. §. 3 thut), was ganz und gar ihrer Tendenz zuwider ist, und womit sich ein rechtlicher Anspruch auf Restitution, der doch in der That anerkannt wird (s. z. B. Paul. sent. I. 7, 1: — redintegrandae rei vel causae actio), nicht vertragen würde. (Eine vermittelnde Ansicht vertheidigt Savigny a. a. O. S. 116 f. R.)

B. Veranlassung.

§. 101.

Die Veranlassung der Restitution ist ein durch das Recht selbst (z. B. durch die darin gesetzten Fristen, die jemand versäumt, durch die bestehenden Grundsätze über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, mit deren Abschließung sich jemand benachtheiligt hat) verursachter Nachtheil (Läsion). Darin liegt die Subsidiarität der Restitution, ihre Ausschließung, wenn schon das gewöhnliche Recht eine Hülfe giebt[a]), ferner ihre Ausschließung, wenn ein Zufall[b]), oder die unentschuldbare Nachlässigkeit des Verletzten[c]) die Ursache der Läsion ist. Uebrigens kann der Nachtheil ein positiver Schaden oder entgangener Gewinn[d]), er braucht nicht nothwendig ein sehr bedeutender zu seyn[e]), und nicht gerade unmittelbar das Vermögen betreffen[f]).

C. Restitutionsgrund.

§. 102.

Die Läsion muß hervorgebracht seyn durch einen Umstand, der als hinreichender Grund der Restitution anerkannt wird (iusta

---

a) L. 16 pr. 39 §. 1 D. de minor. (4, 4), vgl. L. 3 C. si tutor interven. (2, 25). S. auch Cod. II. 41: in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.

b) L. 11 §. 4. 5 D. de minor. (4, 4).

c) L. 15 §. 3 L. 16 D. ex qu. caus. maior. (4, 6), L. 44 D. de minor. (4, 4).

d) L. 27 D. ex quib. c. mai. (4, 6). Gegen das Entgehen einer Bereicherung auf Kosten eines Andern aber kann nur ein Minderjähriger unter Umständen Restitution erhalten, L. 18—20 eod., L. 7 §. 6 D. de minor. (4, 4).

e) Vgl. §. 107, und Burchardi a. a. O. S. 85—87. — Minima non curat praetor.

f) L. 6 D. de minor. (4, 4), L. 27 D. ex qu. c. mai. (4, 6). — Einzelne Fälle der Restitution: Cod. II. 27: si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 28: si adversus venditionem. 29: si adv. venditionem pignorum. 30: si adv. donationem. 31: si adv. libertatem. 32: si adv. transactionem vel divisionem. 33: si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 34: si adversus dotem. 35: si adversus delictum. 36: si adv. usucapionem. 37: si adversus fiscum. 38: si adv. creditorem. 39: si minor ab hereditate se abstineat. 40: si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud adquirat. (Verlust des Besitzes: L. 9 pr. L. 21 §. 2 D. q. metus causa [4, 2], L. 23 §. 2 D. ex qu. caus. maior. [4, 6]. R.)

causa restitutionis)[a]). Von den einzelnen Fällen der Restitution in Absicht auf diese iustae causae sind einige durch Umgestaltung in gewöhnliche Rechtsmittel (§. 100 Note c) schon im späteren römischen Recht ganz[b]), einige wenigstens zum größten Theil weggefallen[c]), diese letzteren sind nach heutigem Recht ganz aus der Reihe der Restitutionen herausgetreten[d]). Es bleiben übrig die Restitutionen wegen Minderjährigkeit[e]), wegen Abwesenheit und aus der sich ihr anschließenden clausula generalis[f]), wegen Irrthums[g]).

§. 103.

Wer während der Minderjährigkeit[h]) und durch dieselbe, d. h. durch den diesem Alter gewöhnlichen Mangel an Erfahrung und

---

a) L. 11 §. 4 D. de minor. (4, 4), L. 44 D. ex qu. c. mai. (4, 6): Is qui rei publicae causa abest, in aliqua re laesus non restituitur, in qua etiam si rei publicae causa non afuisset, damnum erat passurus.

b) So die Restitution wegen capitis deminutio Dig. IV. 5, wegen alienatio iudicii mutandi causa Dig. IV. 7, wegen alienatio in fraudem creditorum vgl. §. 6 I. de action. (4, 6).

c) So die Restitution wegen metus Dig. IV. 2, wegen dolus Dig. IV. 3. (Dennoch soll nach Vangerow §. 177 Anm. 1 und Andern diese Restitution ihrer Kürze halber wieder eingeführt seyn. S. dagegen Ruhstrat, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge IV. 8 [1847]. R.)

d) Bey bonae fidei negotia bedurfte es schon nach R. R. keiner Restitution, um dem Betrogenen oder Gezwungenen zu helfen, dem Geist des heutigen Rechts gemäß ist dieß für alle Verhältnisse zu behaupten, d. h der Schutz einer solchen Person ist überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten. Auch der Grund, eine restitutio wegen Dolus der actio de dolo vorzuziehen, wegen der besonderen Folge der Infamia, die diese Klage hatte (L. 7 §. 1 D. de in int. rest.), fällt heutzutage mit dieser Folge weg. (Gegen diese Argumentation und für die heutige Anwendbarkeit der Restitution wegen Zwangs und Betrugs erklärt sich Savigny, System VII S. 195 g. S. 209. 210. R.)

e) Dig. IV. 4: de minoribus XXV annis. Cod. II. 22: de i. i. r. minorum. S. das Edict in L. 1 §. 1 D. h. t.

f) Dig. IV. 6. Cod. II. 54: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. S. das Edict in L. 1 §. 1 D. h. t.

g) Ein Edict über einen speciellen Irrthumsfall enthält: Dig. XXVII. 6: quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

h) L. 3 §. 2 D. de minor. (4, 4). Nicht nach erlangter venia aetatis, L. 1 C. de his qui veniam (2, 45), und nach dieser Analogie nicht gegen Geschäfte, zu denen der minor eine öffentliche Autorisation erhalten hat, Glück, Commentar V §. 458, weshalb denn auch nicht die Berufung eines minderjährigen Doctor iuris auf Rechtsunwissenheit zuzulassen ist.

Besonnenheit[i]) in Nachtheil gerathen ist, und zwar er selbst, nicht etwa bloß Andere durch ihn[k]), der kann schon der Minderjährigkeit wegen Restitution suchen, vorausgesetzt daß ihm nicht bereits das ordentliche Recht eine ausreichende Hülfe bietet[l]). Der Minderjährige verliert jene Berufung auf seine Unerfahrenheit durch ein doloses Verfahren bey dem in Rede stehenden Geschäft[m]), namentlich durch betrügliche Behauptung der Volljährigkeit[n]) (malitia supplet aetatem), aber auch durch den Eid, mit welchem er das Geschäft bestärkt hat[o]), und wo sie unsittlich oder unanständig wäre, weshalb die Restitution ausgeschlossen ist gegen ein von einem wenigstens Achtzehnjährigen zur Befreiung seiner Eltern, oder anderer von ihm beerbter Personen aufgenommenes Darlehn[p]), gegen nicht übermäßige Brautgeschenke, wenn die Ehe erfolgt ist[q]), gegen einen Vergleich naher Verwandten über ein

---

i) L. 11 §. 3—5 L. 44 D. de minor. (4, 4), L. 24 §. 1 eod.: Non semper autem ea quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet. — Besondere Entscheidungen sind über folgende Fälle gegeben, in denen dieses Erforderniß als nicht vorhanden angenommen und daher die Restitution versagt werden soll: 1) gegen ein von einem filiusfamilias minor auf Befehl des Vaters aufgenommenes Geldbarlehn, L. 3 §. 4 eod., L. 2 C. de filiofam. minore (2, 23); (vgl. über diese Stellen Savigny, System VII [1848] Beilage XVIII. Restitution der Minderjährigen, welche in väterlicher Gewalt stehen. R.) 2) gegen die Veräußerrng eines Pfandes, das der Erblasser des Minderjährigen schon bestellt hatte, L. 2 C. si adv. vend. pign. (2, 29); 3) gegen eine unter Beobachtung aller Solennitäten eingegangene Zahlung, L. 25 C. de adm. tut. (5, 37), §. 2 I. quib. alien. licet (2, 8), wodurch das in L. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 1 C. si adv. solut. (2, 33) enthaltene ältere Recht modificirt ist.

k) L. 3 §. 4—11 L. 4. 5. 23. 24 pr. D. de minor. (4, 4).

l) §. 101 Note a. S. auch L. 12 §. 11 D. mand. (17, 1), L. 24 §. 4 D. de minor (4, 4).

m) L. 9 §. 2. 5 D. eod.

n) L. 2. 3 C. si minor se maiorem dixerit (2, 43).

o) Auth. Sacramenta pub. C. si adv. vend. (2, 28).

p) Nov. 115 c. 3 §. 13 in f.

q) L. 1 C. si adv. donat. (2, 30).

ihnen gegenseitig auf den Fall des früheren Todes auferlegtes Fideicommiß[r]).

Diese Restitution der Minderjährigen ist auch den Gemeinden[s]), den Kirchen und milden Stiftungen[t]), durch die Praxis allen universitates personarum zugestanden worden[u]).

§. 104.

Großjährigen wird im prätorischen Edict die Restitution verheißen 1) wenn ihre Abwesenheit aus gerechter Furcht oder im öffentlichen Dienst, oder auch Gefangenschaft (im Gefängniß oder beim Feind) und factische Sclaverey den Verlust und die Versäumniß eines Rechts veranlaßt hat, 2) wenn ein solcher Verlust sie betroffen hat, weil ihr Gegner (aus irgend einem Grund) abwesend oder im Gefängniß war oder sich verborgen hielt, oder weil er nicht wider Willen in ius durfte vocirt werden, und auch keinen Defensor hatte, gegen den in diesen Fällen hätte verfahren und dadurch der Verlust verhütet werden können, 3) wenn ihnen durch ein Hinderniß in der Person des Richters ein solcher Verlust zugezogen worden ist[v]). Diesen drey Fällen ist noch 4) die clausula generalis hinzugefügt: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam[w]); diese enthält eine Erweiterung des Begriffs der absentia reipublicae causa[x]), eine Erstreckung auf andere Gründe unfreiwilliger Abwesenheit[y]), ja sogar freiwilliger des Benachtheiligten, wenn sie löblich und sonst wohlbegründet war[z]), sie erstreckt sich ferner auf die fingirten Abwesen-

---

r) L. 11 C. de transact. (2, 4).

s) L. 4 C. qu. ex caus. mai. (2, 54), L. 3 C. de iure reipubl. (11, 29).

t) c. 1—3. 6 X. de in int. rest. (1, 41).

u) Glück, Commentar VI §. 465.

v) S. L. 1 §. 1 D. ex qu. caus. mai. (4, 6) und den Commentar in den folgenden Stellen dieses Titels. Vgl. auch hier und zu dem Folgenden Francke, Beiträge I. 3 (1828). (Jetzt vorzüglich: Savigny, System VII [1848] §. 325—329. R.)

w) L. 1 §. 1 cit.

x) L. 26 §. 9 L. 33. 35 D. eod. Cod. II. 52: de uxoribus militum et eorum qui reipublicae causa absunt.

y) L. 26 §. 9 D. ex qu. c. mai. (4, 6): — et generaliter quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet, ei subveniendum. L. 28 §. 1 eod.

z) L. 26 §. 9 L. 28 pr. eod.

heiten der Wahnsinnigen, Kinder und juristischen Personen [aa]), endlich auf andere Hindernisse der Geltendmachung und Ausübung eines Rechts von dem Belang, daß die Restitution gegen die Versäumung gerecht erscheint [bb]), und dahin gehören auch die Fälle, wo gegen eine Versäumung wegen eines entschuldbaren Irrthums restituirt wird [cc]).

Aber der Irrthum (immer seine Entschuldbarkeit vorausgesetzt, §. 57) ist in einigen Fällen als Restitutionsgrund nicht bloß gegen Unterlassungen, sondern auch gegen positive Handlungen anerkannt, und hier bildet er eine besondere von der clausula generalis verschiedene iusta causa restitutionis. So bey einem falso tutore auctore mit einem Pupillen geschlossenen Geschäft (§. 102 Note g), ferner für die Erbschaftsgläubiger, die zu ihrem Nachtheil auf Separation angetragen haben [dd]), für einen Kläger, der mit einem gegründeten Anspruch wegen falscher Begründung abgewiesen und durch die exceptio rei iudicatae ausgeschlossen ist [ee]).

D. Restitutionsgesuch.

§. 105.

Die Restitution muß bey dem competenten Richter [a]) in der gehörigen Zeit, nach älterem Recht in einem annus utilis, nach

aa) L. 22 §. 2 eod. L. 124 §. 1 D. de R. I. (50, 17): furiosus absentis loco est —.

bb) L. 34 §. 1 L. 35 D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19), L. 3 §. 30 D. de S. C. Silan. (29, 5).

cc) L. 3 §. 31 D. eod., L. 7 D. de in int. rest. (4, 1). Bey der einjährigen Klagverjährung nur wenn nach Lage der Sache die Unkenntniß von der Veranlassung der Klage ganz unüberwindlich war, L. 15 §. 5 D. quod vi (43, 24), außerdem nicht, durchaus nicht bey der mehrjährigen Klagverjährung, s. Savigny, System III Beil. VIII. 25—27. Ueber einige besondere Fälle bey Frauen, Ungebildeten, Soldaten s. Savigny a. a. O. 31—33.

dd) L. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6).

ee) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2). Vgl. auch L. 2 eod. Dahin gehört namentlich die Abweisung der in rem actio, weil der vom Kläger angeführte Erwerbsgrund nicht erweislich war (s. §. 99 a. E.), immer natürlich einen iustus error vorausgesetzt.

a) Competent für die Restitution (iudicium rescindens) ist der Richter, welcher die Competenz für das iudicium rescissorium (das restituirte Rechtsmittel) hat, L. 3 C. ubi et apud quem cognitio i. i. restitutionis agitanda sit (2, 47), c. 9 X. de in int. rest. (1, 41), I. H. Böhmer ad h. l.

neuerem in einem quadriennium continuum gesucht werden[b]); die Frist läuft bey der Restitution wegen Minderjährigkeit von der Zeit der erlangten Großjährigkeit[c]), bey der Restitution wegen Abwesenheit und ähnlicher Hindernisse von der Zeit, wo sie gehoben sind[d]), ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Restitutionsberechtigten von der Läsion[e]).

Das Restitutionsverfahren enthält drey Momente 1) die Untersuchung und Entscheidung über die rechtliche, 2) über die factische Begründung des Gesuchs — die Verhandlung über beide Punkte bildet das iudicium rescindens[f]) —, 3) die Realisirung der ertheilten Restitution, welche bey den Restitutionen, die es noch nach heutigem Recht sind, in der Rescission der benachtheiligenden Thatsache und Wiederherstellung eines dadurch verlornen Rechts oder Rechtsmittels (Klage oder Vertheidigung) besteht, deren Wiederherstellung das iudicium rescissorium s. restitutorium, worin nun die restituirten Rechtsmittel gebraucht werden, zur Folge hat. Iudicium rescindens und rescissorium können verbunden werden, und werden es heutzutage gewöhnlich[g]).

---

b) L. 7 C. de temporibus in integr. restitutionis tam minorum et aliarum personarum quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum (2, 53).

c) L. 7 cit., L. 5 C. eod., L. 19 D. de minor. (4, 4). Bey den juristischen Personen, denen die iura minorum verliehen sind, von dem Zeitpunkte der Läsion, c. 1. 2 de in int. rest. in VI. (1, 21), clem. un. eod. (1, 11).

d) L. 1 §. 1 L. 28 §. 3 D. ex quib. c. mai. (4, 6).

e) Burchardi a. a. O. §. 27. Savigny, System III S. 415. Die herrschende Meinung war früher für diese Rücksicht, was mit der übermäßigen Erweiterung zusammenhängt, die man überhaupt diesem außerordentlichen Rechtsmittel zu geben geneigt war. Jenes wäre noch mehr als eine Restitution gegen die Restitutionsverjährung wegen Unkenntniß und Irrthums, die niemand billigen wird. Wer jene Ansicht um ihrer langen Uebung willen aufrecht erhalten wollte, müßte auch den leichtsinnigen Gebrauch, der vielmals von der clausula generalis gemacht worden ist, für eine verbindliche Praxis halten.

f) Die Entscheidung darüber hat die Wirkung einer sonstigen Sentenz, Cod. II. 44: si saepius i. i. r. postuletur. Während der Verhandlung soll der status quo erhalten werden, Cod. II. 50: i. i. r. postulata ne quid novi fiat. (Gegen die im Texte angenommene Spaltung des iudicium rescindens erklärt sich Savigny, System VII S. 238. R.)

g) Ueber das römische Verfahren in dieser Beziehung s. Puchta, Cursus der Instit. II §. 177. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Burchardi a. a. O. §. 23—26.

Das Recht des Restitutionsgesuchs geht wie andere Klagen auf die Erben über[h]), nicht auf den Singularsuccessor, und eben so wenig hat es der Bürge aus der Person des Schuldners[i]).

E. Wirkung der Restitution.

§. 106.

Das Ziel der Restitution ist die Wiederherstellung des Zustandes vor der Läsion, im Fall einer Versäumniß nur der Zeit, die durch den Restitutionsgrund verloren ging[a]). Die Wiederherstellung erstreckt sich auch auf den Gegner, auf keinen Fall soll der Impetrant auf dessen Kosten einen Gewinn machen[b]); dritten Personen kommt sie nur insofern zu Statten, als ihr Interesse von dem des Restituirten untrennbar ist[c]). Der Gegner aber, gegen welchen das Restitutionsrecht seine Wirkung äußert, bestimmt sich durch das zu restituirende Recht oder Rechtsmittel, es ist der, gegen welchen die zu restituirende Klage oder Einrede gerichtet ist[d]), dem die zu rescindirende Klage, das aufzuhebende Recht zusteht[e]), nur daß im Nothfall nicht bloß gegen den, der durch den zu rescindirenden obligatorischen Umstand berechtigt worden ist, sondern auch gegen den nur mittelbar daraus Berechtigten restituirt wird[f]).

---

h) L. 6 D. de in int. rest. (4, 1), L. 18 §. 5 D. de minor. (4, 4).

i) Bestritten, vergl. Burchardi S. 407—416. (Savigny, System VII S. 217—222. R.) Die für die entgegengesetzte Ansicht angeführte L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1): Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt — — idem dicitur et si pro filiofamilias contra S. C. quis fideiusserit, aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio, enthält vielmehr den im Text ausgesprochenen Satz, eben so L. 95 §. 3 D. de solut. (46, 3), vgl. auch L. 24 pr. D. de minor. (4, 4) und unten §. 405 Note g.

a) L. 50 D. de minor. (4, 4), L. 26 §. 7. 8 D. qu. ex c. mai. (4, 6).

b) L. 24 §. 4 L. 27 §. 1 L. 40 §. 1 D. de minor. (4, 4). Cod. II. 48: de reputationibus quae fiunt iudicio i. i. r.

c) Cod. II. 26: si in communi eademque causa i. i. r. postuletur.

d) L. 9 §. 4 D. quod metus (4, 2), L. 17 pr. D. ex qu. c. mai. (4, 6), L. 18 D. de interrog. in iure (11, 1).

e) L. 29 §. 2 D. de minor. (4, 4), Nov. 119 c. 6.

f) L. 9 pr. 13 §. 1 L. 14 D. de minor. (4, 4). Auf diesen letzten Punkt allein paßt die vulgäre Regel, die Restitution sey regelmäßig in personam,

F. Beschränkung der Restitution.

§. 107.

Die Möglichkeit des Eingriffs in den Gang des ordentlichen Rechts, welche das außerordentliche Mittel der Restitution darbietet, könnte der rechtlichen Ordnung höchst gefährlich werden, wenn der Richter sich vermäße, von der ihm zugestandenen Macht anders, als im Fall der Noth und mit der discretesten Vorsicht Gebrauch zu machen. Eine Schranke gegen Mißbrauch liegt schon in der bisher dargestellten Theorie des Rechtsinstituts, wenn sie genau eingehalten wird. Unser Recht hat sich aber veranlaßt gesehen, noch durch besondere Beschränkungen die Möglichkeit unstatthafter Anwendung zu verringern, und manche Rechtsverhältnisse auch gegen dieses außerordentliche Mittel der Anfechtung sicherzustellen.

1) In folgenden Fällen wird eine Restitution als schlechthin unbegründbar ausgeschlossen: wenn der Nachtheil ohne Vergleich geringer ist, als der durch die Restitution für Andere entstehen würde[a]), wenn der Nachtheil in dem Verlust einer Pönalklage besteht[b]), gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts[c]), gegen Geschäfte mit den Eltern als solchen, d. h. sofern sie nicht in anderer Eigenschaft z. B. als Vormünder auftreten[d]).

2) Folgende rechtliche Thatsachen sollen durch keine Restitution umgestoßen werden können: fiscalische Veräußerungen[e]), Ehen

nur ausnahmsweise in rem — (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 160), die also viel zu beschränkt und unzureichend ist (vgl. Wetzel, disp. de quaestione adversus quem in integrum restitutio imploranda sit. 1850. R.)

a) L. 4 D. de in int. rest. (4, 1), L. 24 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 18 D. ex qu. c. mai. (4, 6).

b) L. 37 pr. D. de minor. (4, 4), L. 18 D. ex qu. c. mai. (4, 6).

c) L. 9 §. 2—4 L. 37 §. 1 D. de minor. (4, 4). Doch mit Ausnahme solcher Fälle, wo die Unkenntniß des Verbots nachgesehen wird, §. 57 Note o bis r.

d) L. 2 C. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt (2, 42), vgl. die unglossirte Nov. 155 c. 1. Ausnahmen jenes Grundsatzes hat man finden wollen 1) in L. 3 §. 6 D. de minor. (4, 4), L. 2 C. si adv. rem iud. (2, 27) — Burchardi S. 121 — 2) in L. 8 §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61) — Vangerow, Leitfaden I S. 228 — aber alle diese Stellen handeln gar nicht von Geschäften der Kinder mit den Eltern.

e) L. 5 C. de fide hastae fisc. (10, 3), vgl. L. 3 C. si adv. fiscum (2, 37).

nach einer auf dem Wesen der Ehe beruhenden Praxis, die durch den Minderjährigen geschehene Repudiation oder Erwerbung einer Erbschaft, die ihm während der Kindheit zugefallen und von seinem Vater angenommen oder ausgeschlagen worden war[f]), endlich (was die wichtigste dieser Beschränkungen ist) die dreißig- und mehrjährige Verjährung[g]).

3) Die Beschränkung der Restitution auf eine kurze Zeit, innerhalb deren sie gesucht werden muß (§. 105), ist gesichert durch die Ausschließung der Restitution gegen diese Verjährung[h]). Der Verzicht des Berechtigten, durch den die Restitution allerdings auch verloren werden kann, schließt indessen die Möglichkeit einer Restitution gegen ihn selbst, wenn ein Grund dazu besteht, nicht aus[i]).

---

f) L. 8 §. 6 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

g) L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39): — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —. L. 5 C. in qu. c. i. i. r. necess. non est (2, 41). Diese Ansicht, welche denn auch als die herrschende bezeichnet werden kann, ist sehr befriedigend gegen die entgegengesetzte vertheidigt von Savigny, System III Beil. VIII. 27.

h) L. 20 D. de minor. (4, 4).

i) L. 3 §. 1. 2 L. 20 §. 1 L. 21. 30 D. eod. Cod. II. 46: si maior factus ratum habuerit.

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse.

Einleitung.

§. 108.

Die Anwendung des Rechts auf die Rechtsverhältnisse als richterliche Thätigkeit hängt ab 1) von der Existenz des anzuwendenden Rechtssatzes, von welcher der Richter sich zu überzeugen hat (§. 109), 2) von der Eigenschaft des Rechtsverhältnisses, diesem Rechtssatz unterworfen zu seyn. Auf welche Fälle ein Rechtssatz anzuwenden ist, entscheidet sich theils nach seinem besondern Inhalt, theils bestehen darüber allgemeine, über den Inhalt der einzelnen Rechtssätze als solcher hinausreichende Regeln, welche hier ihre Stelle finden (§. 110—113).

I. Richterliche Kenntniß des Rechts[a]).

§. 109.

Das richterliche Urtheil ist bedingt durch die Kenntniß des Rechts und der Thatsachen, auf die das Recht anzuwenden ist. Die Kenntniß der letzteren wird dem Richter durch die Parteien verschafft, und darauf bezieht sich die Theorie des processualischen Beweises (§. 97. 98), die Kenntniß des Rechts ist seine von dem Einfluß der Parteien unabhängige Amtspflicht: iura novit curia. Zweierley ist in diesem Princip enthalten: 1) die Anwendung eines Rechtssatzes ist unabhängig von einer Allegation desselben durch die Parteien. Dieser Theil der Regel erleidet (zwar keine vollständige Ausnahme, aber) eine Modification dadurch, daß Rechtssätze zur Anwendung kommen können, deren Kenntniß ex officio dem Richter zuzumuthen unmöglich ist: auswärtiges Recht (§. 113) und einheimisches particuläres Gewohnheitsrecht, sofern es nicht seinem Gerichtsbezirk angehört und überdieß aufgezeichnet ist. Hat

a) Vgl. Puchta, das Gewohnheitsrecht Th. II Bd. 3 Kap. 4.

er von diesem keine Kenntniß, so ist es die Sache der Parteien ihn darauf hinzuweisen. 2) Der Richter hat sich selbst die Mittel der Rechtskenntniß und durch selbstständige Thätigkeit die Ueberzeugung von der Existenz des Rechtssatzes zu verschaffen. Auch dieser Theil der Regel wird bey jenen Rechtssätzen, die er ohne Vorwurf ignoriren kann, insoweit modificirt, daß er die Herbeischaffung der Mittel ihrer Kenntniß (z. B. der fremden Gesetze, der Fälle der Uebung, aus denen das Gewohnheitsrecht zu erkennen ist ɪc.), sofern sie ihm nicht ohnedieß offen stehen, von den Parteien verlangen kann. Aber auch hier ist die Stellung des Richters eine ganz andere und selbstthätigere als gegenüber den Thatsachen, und die processualischen Grundsätze über die Beweisführung dürfen nie auf die Erkenntniß von Rechtssätzen irgend einer Art angewendet werden[b]).

II. Anwendbarkeit des Rechts.

A. Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen.

§. 110.

Kein Rechtssatz kann durch Privatwillen aufgehoben oder verändert werden (§. 17)[a]). Aber es giebt Rechtssätze, deren Anwendung auf die Fälle, die ihren Gegenstand ausmachen, durch Privatwillen ausgeschlossen werden kann, indem sie ihre Dispositionen nur für den Fall treffen, daß der Punkt, für den sie eine Regel geben, nicht durch eine gültige Privatdisposition geordnet worden ist. Diesem ius dispositivum, wie man es genannt hat, steht das ius cogens, das schlechthin gebietende oder verbietende Recht gegenüber, bey dem eine Ausschließung seiner Anwendung auf die Fälle, für die es bestimmt ist, eine Veränderung des Rechts selbst wäre, die nie in der Kraft des Privatwillens liegt.

---

b) Irrthümer: 1) die bestrittene Publication eines Gesetzes müsse von der allegirenden Partei bewiesen werden (weil dieß ein Factum sey), s. z. B. Glück, Comm. I S. 137, Thibaut, System d. Pand. §. 25; 2) das Gewohnheitsrecht sey Gegenstand des Beweises, eine lange Zeit ausschließlich herrschend gewesene Meinung, s. dagegen Puchta a. a. O., vgl. Mittermaier, Grundს. des gem. D. Privatr. 6. Aufl. (1842) §. 27.

a) L. 38 D. de pactis (2, 14): Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 2. 7 §. 7 L. 27 §. 4 eod., L. 27. 45 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

B. Anwendung neuer Gesetze[a]).

§. 111.

Gesetze treten mit einem bestimmten Zeitraum in Wirksamkeit. Dieser ist regelmäßig der Tag der Publication, es kann aber auch ein späterer seyn, indem das Gesetz selbst den Anfang seiner Wirksamkeit hinausschiebt[b]), oder ein früherer, wenn der Gesetzgeber verordnet, das Gesetz solle so behandelt werden, als ob es schon zu einer bestimmten früheren Zeit gegeben worden wäre, und dieß geschieht stillschweigend, wenn er es als authentische Interpretation eines früheren Gesetzes giebt[c]).

Vor diesem Anfangspunkt seiner Wirksamkeit hat das Gesetz keine Kraft, nur auf die Fälle, die neuer sind als jener Moment (wie er sich auch bestimmen möge), nicht auf die früheren (auf facta futura, nicht auf facta praeterita) ist das Gesetz anzuwen-

---

a) Zu den überaus zahlreichen Bearbeitungen dieser Lehre, die sie besonders in Zeiten umfassenderer Aenderung von Gesetzgebungen erfahren hat, gehören: A. D. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze, 1811. Borst, über d. Anwend. neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverh. 1814. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatr. 1818. Georgii, Archiv für civ. Pr. III. 12 (1819). Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 63 ff. (Ueber Verjährungsgesetze: Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 6, v. Scheurl, Beitr. [1852] I No. 6 S. 143—148; über die ganze Lehre aber vor Allen Savigny, System VIII [1849] über die zeitliche Collision der Rechtsregeln, welcher wesentlich zwischen den Regeln über den Erwerb der Rechte und das Daseyn ganzer Rechtsinstitute unterscheidet und das Princip der Nichtrückwirkung oder Schonung wohlerworbener Rechte nur auf erstere bezogen wissen will, wogegen jedoch v. Scheurl a. a. O. S. 137—143 mit Recht erinnert, daß Nichtrückwirkung und Schonung wohlerworbener Rechte nicht zusammen fallen, erstere vielmehr auch auf Gesetze Anwendung findet, welche ganze Rechtsinstitute aufheben, die Vernichtung müßte denn nicht bloß für die Zukunft, sondern rückwärts ausgesprochen seyn. R.)

b) Die Meinung älterer Juristen, daß jedes Gesetz im Zweifel erst zwey Monate nach der Publication anwendbar werde, wegen Nov. 66 c. 1, ist ein entschiedenes Mißverständniß dieses Gesetzes, welches keineswegs eine allgemeine Regel enthält.

c) Nov. 19 pr., Nov. 143. Auch von dem zurückbezogenen Gesetz sind auszunehmen 1) durch Urtheil oder Vergleich entschiedene Sachen, weil sie überall keine Objecte für die Rechtsanwendung mehr sind, Nov. 19; 2) in der Appellationsinstanz schwebende, weil der Appellationsrichter das Urtheil der früheren Instanz nach dem damals geltenden Recht zu prüfen hat, Nov. 115 c. 1.

den[d]). Die wichtige Frage aber ist, wie sich das Alter der Fälle bestimme[e]). Die Frage hat keine Schwierigkeit, wenn es sich um eine Thatsache handelt, die einen bestimmten Zeitpunkt einnimmt (z. B. der Act der Abschließung eines Rechtsgeschäfts); nimmt sie einen Zeitraum ein (z. B. Usucapion, Verjährung, die Ehe, wo sie ihrer ganzen Dauer nach zur Sprache kommt), so ist sie kein factum praeteritum, wenn sie zu der Zeit, wo das neue Gesetz in Kraft trat, noch nicht vollendet war, und eben so auch die Wirkung einer vergangenen Thatsache, wenn sie nicht mit dieser ihrer Quelle so unzertrennlich zusammenhängt, daß mit ihr auch diese vergangene Thatsache unter das neue Gesetz gestellt würde (z. B. Geltendmachung eines früher geschlossenen, später verbotenen Vertrags). Zu diesen Principien kommt (sie theils bestätigend, theils modificirend) noch ein negatives, eine Schranke gegen die Anwendung des neuen Gesetzes: diese muß unterbleiben, wo schon erworbene Rechte dadurch verändert werden würden[f]).

C. Personen, auf welche das Recht anzuwenden ist.

§. 112.

Je nachdem von den beiden Seiten des Staats, der persönlichen, wonach er ein Inbegriff von (überdieß durch Nationalität verbundenen) Personen ist, und der sachlichen, wonach ihm ein bestimmtes Territorium entspricht, die eine oder die andere das Uebergewicht hat, wird entweder die Nationalität (wie nach älte-

---

d) L. 7 C. de legib. (1, 14).

e) Mehr oder weniger willkürlich, und für die Ableitung eines Princips daraus untauglich sind die Entscheidungen in L. 27 C. de usur. (4, 32): sofortige Beurtheilung laufender Zinscontracte nach einem neuen Zinsgesetz; L. un. in f. C. de rei ux. act. (5, 13): durchgängige Beschränkung eines Dotalgesetzes auf künftig gegebene dotes; Nov. 66 c. 1 §. 4. 5: Beurtheilung auch des Inhalts eines Testaments, wenn gleich der Testator unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gestorben ist, nach dem alten Recht. Alle diese Entscheidungen sind individuelle, keine Regeln.

f) (Die anderweit behauptete Beschränkung neuer Verjährungsgesetze: wenn sie eine Rechtsverfolgung abschneiden, welche der Kläger bloß im Vertrauen auf das sichere Gesetz unterließ ohne sich einer Nachlässigkeit oder Versäumniß schuldig gemacht zu haben — Herrmann, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. II. 3 [1845] — würde einen Ausdruck voraussetzen, der durch bloße Interpretation nicht hineingetragen werden kann, §. 15 p. Abgesehen hiervon bedarf es einer Restitution, §. 104 bb. cc. R.)

rem römischem Recht, und bey den germanischen Völkern des früheren Mittelalters), oder das Verhältniß zu dem Territorium, Domicilium und bloßer Aufenthalt (wie heutzutage seit dem späteren Mittelalter) die Personen bestimmen, auf welche das Recht anzuwenden ist. Jenes ist das Princip der persönlichen Rechte, dieses das der Territorialität des Rechts [a]). Der heutige Rechtszustand ist: das Recht gilt in einem gewissen Bezirk und ergreift alle Personen, die sich auf demselben und in Rechtsverhältnissen befinden [b]), ohne Unterschied der Abstammung, ja sogar regelmäßig ohne Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden (§. 45). Die Frage, ob der Regent in seinen Privatverhältnissen (also als Privatperson) dem Privatrecht seines Landes unterworfen sey? ist aus innern Gründen zu bejahen, und eine andere Antwort giebt auch nicht das römische Recht [c]).

D. Anwendung der Rechte verschiedener Territorien [a]).

§. 113.

Der Grundsatz der territorialen Gültigkeit des Rechts (§. 112) kann die Rechte verschiedener Territorien in einem Fall anwendbar

---

a) S. über die Geschichte dieser Principien Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. I Kap. 3.

b) Versteht sich soweit sie den übrigen Voraussetzungen des in Rede stehenden Rechtssatzes entsprechen, also z. B. bey einem auf eine gewisse Classe von Personen beschränkten (ius speciale) zu dieser Classe gehören.

c) L. 8 §. 2 D. de inoff. test. (5, 2), L. 23 D. de leg. III. (32), L. 4 C. de legib. (1, 14), L. 3 C. de testam. (6, 23), §. 8 I. qu. mod. test. infirm. (2, 17), Nov. 105 c. 2 §. 4 — L. 31 D. de legib. (1, 3): Princeps legibus solutus est (cf. Lex de imperio Vespasiani, Haubold, monumenta legalia p. 223), Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent (Ulpian. lib. XIII. ad L. Iuliam et Papiam) bezieht sich auf Strafgesetze.

a) Die neuesten Bearbeitungen dieses viel behandelten Gegenstandes sind: Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Archiv für civ. Praxis XXIV S. 230—311. XXV S. 1—60. 161—200. 361—419 (1841. 1842), ausgezeichnet durch eine gründliche Auseinandersetzung der verschiedenen Ansichten. (Savigny, System VIII [1849] S. 1 f. örtliche Collision der Rechtsregeln. Er verwirft die Unterscheidung zwischen Rechten verschiedener Provinzen desselben Staats und Rechten verschiedener Staaten, weil sie eine Schroffheit des internationalen Verhältnisses voraussetzt, die mit dem wachsenden Verkehr der neueren Zeit immer mehr verschwindet. Das

machen und somit eine Collision derselben veranlassen, da eine Person, deren Rechtsverhältnisse beurtheilt werden sollen, dem einen Territorium durch ihr Domicilium zugehören, dem Recht eines andern durch ihren momentanen Aufenthalt unterworfen seyn, daselbst ein Geschäft abgeschlossen haben, oder sonst in Rechtsverhältnisse getreten seyn, und endlich eine Sache erworben haben kann, die sich wieder in einem andern befindet.

Dieser Conflict ist möglich zwischen Rechten verschiedener Orte desselben Staats und zwischen Rechten verschiedener Staaten.

Im ersten Fall tritt, was die Natur der Verhältnisse fordert, rein in Wirksamkeit[b]). Als der stärkste Grund der Unterwerfung

---

gemeinsame Princip ist vielmehr: Anwendung des Rechts des Bezirks oder Staats, dem das Rechtsverhältniß — durch den Wohnsitz der Person, die Lage der Sache oder den Abschluß des Geschäfts im Landgebiet — angehört. Von diesem Princip machen nur die absoluten Verbote und die Proceßformen Ausnahmen, welche in keiner Weise zur Regel erhoben werden dürfen. Abweichend: Leop. Pfeiffer, die Principien des internationalen Privatrechts [1851], Thöl, Einl. in das deutsche Privatrecht [1851] §. 71—85. Der Erstere stellt die Anwendung des Rechts des angerufenen Richters als ausnahmsloses Princip hin, während der Letztere es nur als das zunächst anzuwendende betrachtet. Insonderheit: über Collision der Gesetze bei Civilansprüchen aus der außerehelichen Beiwohnung: Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1852. No. 6. R.) Ausländer: Story com. on the conflict of laws, Boston 1834. Burge, com. on colonial and foreign laws etc., London 1838. Foelix, tr. du droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations etc., Paris 1843.) Von der älteren Literatur sind ihres mehr oder weniger dauernden Einflusses wegen hervorzuheben: Bartolus ad L. 1 C. de summa trin. Paul. Voet, de statutis eorumque concursu 1601., H. de Cocceii, de fundata in territorio et plur. loc. concurr. potestate 1684. Hert, de collisione legum 1688.

b) Scheinbar die natürlichste Theorie wäre nach den drey Gründen der Unterwerfung unter das Recht eines Territoriums: Domicilium der Person, Erwerb einer darauf befindlichen Sache, Eintritt in andere Rechtsverhältnisse — so zu entscheiden 1) die Person betreffende Rechte werden beurtheilt nach dem Recht des Domiciliums (statuta personalia), 2) Rechte an Sachen nach dem Recht des Territoriums, wo die Sachen sind (statuta realia), 3) andere Rechte nach dem Rechte des Orts, wo das sie begründende Geschäft errichtet worden ist (statuta mixta). Und dieß war die in früherer Zeit herrschende Theorie, die aber in ihrer Anwendung so viele Ungewißheit läßt, daß ihre Anhänger nie zu einem einigermaßen genügenden Einverständniß darüber gelangen konnten, wodurch die Unbrauchbarkeit derselben sich hinlänglich offenbart hat. Dieß wird vermieden werden, wenn wir einen bestimmten Satz

unter das Recht des Territoriums muß das Domicilium gelten, die Regel ist daher, jede Person wird in ihren Rechtsverhältnissen nach dem Recht ihres Domiciliums beurtheilt, und wo mehrere Personen concurriren, ist im Collisionsfall das Recht des Verpflichteten und dessen, in dessen Rechte der Andere eintreten soll, anzuwenden. Ausnahmsweise sind Rechte an Grundstücken (Natur, Erwerb, Verlust derselben) nach dem Recht des Orts, wo sie liegen, und die äußere Form der Rechtsgeschäfte nach dem Recht des Orts, wo sie errichtet werden, zu beurtheilen, ja selbst der Inhalt des Geschäfts, wenn dieses eine örtliche Beziehung hat (z. B. Handelsgeschäfte an einem Handelsplatz)[c]). Endlich können schon begründete juristische Thatsachen durch Veränderung des Domicils so wenig einem andern Recht unterstellt werden, als dieses bey einer Veränderung der Gesetzgebung der Fall ist (§. 111)[d]).

Im zweiten Fall, wo es sich um die Möglichkeit einer Anwendung auswärtigen Rechts handelt, tritt ein neues Moment hinzu: das natürliche Princip, daß der Richter nur das Recht seines eigenen Volks und Staats anzuwenden berufen ist[e]). Dieses Princip macht jede Beurtheilung eines Fremden, der vor inländischen Gerichten zu Recht steht, nach dem Recht seiner Heimath, oder eines Inländers nach einem ihm fremden Recht zu einer singulären Ausnahme, soweit sie sich nicht auf den Grundsatz zurückführen läßt, daß ein Staat, indem er den Fremden als Rechtssubject anerkennt, ihm auch die schon erworbenen Rechte (vorausgesetzt solche, deren

---

als Regel zu gewinnen suchen, auf die wir stets zu recurriren haben, wenn eine Ausnahme nicht als vollkommen begründet erscheint.

c) So weit ist die Regel: locus regit actum richtig. Die Vermuthung dagegen, daß die Parteien sich durch die Vornahme des Geschäfts freiwillig, soweit dieß von ihrem Belieben abhängt, dem Recht des Geschäftsorts unterworfen haben, ist nicht begründet.

d) Dahin gehören aber nicht die Vermögenswirkungen, welche das Recht der Ehe in ihrer ganzen Dauer beilegt, also abgesehen von den durch Vertrag festgesetzten. Um dem, unter Umständen allerdings unbequemen und inconvenienten, Wechsel des gesetzlichen Güterrechts unter Ehegatten mit dem Domicil zu entgehen (wogegen aber die Möglichkeit des Vertrags eine Hülfe gewährt), ist man auf die unpassende Auffassung dieses Rechts als einer stillschweigenden Uebereinkunft der Ehegatten gekommen, so auch Wächter a. a. O. XXV S. 49 ff., s. dagegen Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I S. 78 f.

e) Wo ein gemeines Recht mehrere Staaten verbindet, und der Fall sich für dieses eignet, fällt der Conflict weg.

Möglichkeit er überhaupt anerkennt) zugesteht, mit andern Worten, daß er dessen Wirksamkeit als Person nicht erst von dem Augenblick datirt, wo derselbe mit seinem Recht und den es schützenden Anstalten in Berührung kommt. Als gemeinrechtlich ist außerdem nur folgende Ausnahme zu betrachten: ein auswärts errichtetes Rechtsgeschäft ist von Seiten der Form (aber auch nur von dieser Seite) als gültig zu behandeln, wenn es in dieser Hinsicht entweder dem einheimischen, oder auch nur dem Recht des Errichtungsorts genügt[f].

f) Vgl. Wächter a. a. O. XXV S. 368–380. 405–407.

Viertes Buch.
Die Rechte an der eigenen Person.

Erstes Kapitel.
Das Recht der Persönlichkeit.

I. Entstehung.

§. 114.

In dem Menschen, dem natürlichen Subject der Persönlichkeit (§. 22. 25), gestaltet sich diese selbst zu einem Recht, welches der Person zusteht, und dessen Gegenstand sie selbst ist[a]). Dieses Recht entsteht mit der Existenz des menschlichen Individuums, also mit der Geburt des Menschen. Keine Personen sind die Ungebornen[b]), die Todtgebornen[c]), die Fehlgebornen überhaupt[d]), die Mißgebornen (monstra)[e]).

---

a) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. I §. 30.

b) L. 9 §. 1 D. ad L. Falc. (35, 2): — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. L. 161 D. de V. S. (50, 16): non est pupillus, qui in utero est. Berücksichtigung der künftigen Persönlichkeit: L. 7. 26 D. de statu hom. (1, 5), L. 231 D. de V. S. (50, 16). (Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborne Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas [§. 115 a], vorausgesetzt daß er ein liber venter ist: L. 3 D. si pars [5, 4]. Insofern beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person. Vgl. §. 22 a. R.)

c) L. 129 D. de V. S. (50, 16). Das Kind muß bis zur vollendeten Geburt gelebt haben, L. 3 C. de postum. (6, 29).

d) L. 2 C. eod.: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidentissimi est. Vgl. L. 12 §. 1 D. de lib. et post. (28, 2): Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit. Ein Abortus aber ist nicht bloß (und nicht immer) das todtgeborne Kind, sondern das unreife, dessen selbstständiges Leben darum unmöglich, und dessen Trennung eigentlich keine Geburt ist. Dieses Erforderniß der Vitalität hat man öfters irrthümlich in das Erforderniß, nicht vor dem siebenten Monat geboren zu seyn, verwandelt — wegen der §. 41 Note h cit. Stellen, die gar nicht hieher gehören; — ebenso unrichtig aber wird es von mehreren neueren Juristen ganz geleugnet, s. z. B. Vangerow, Leitfaden I S. 55 f., vornehmlich aber Savigny, System II Beil. III. Vgl. dagegen Puchta in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. 1840. S. 680 f.

e) L. 3 in f. C. de postum. (6, 29), L. 14 D. de statu hom. (1, 5), L. 135 D. de V. S. (50, 16), vgl. Savigny, System II S. 9 f.

II. Aufhebung.

§. 115.

Das Recht der Persönlichkeit endigt sich mit dem Daseyn des menschlichen Individuums, also mit dem Tod[a]). Die Ungewißheit des Todes kann durch eine rechtliche Vermuthung desselben beseitigt werden, welche, die (durch richterliche Citation zu constatirende) Verschollenheit des Menschen vorausgesetzt, eintritt mit der Ueberschreitung des Alters von siebenzig, oder bey später eintretender Verschollenheit von achtzig Jahren (Psalm 90, 10), oder wenn auch dieses Alter vor die Verschollenheit fällt, nach fünf Jahren, eine Vermuthung aber, die durch ein richterliches Decret (Todeserklärung) bestätigt werden muß[b]). Dieses Rechtsinstitut ist neueres Gewohnheitsrecht, dagegen enthält das römische Recht einige Vermuthungen über die Zeit des (gewissen) Todes für den Fall, wenn zwey Personen gemeinschaftlich durch dasselbe Ereigniß eines gewaltsamen Todes gestorben sind, ohne daß sich ermitteln läßt, welche früher oder später. Wenn es Kinder und Eltern sind, so soll der Tod der unmündigen Kinder vor den Eltern, der Eltern vor den mündigen Kindern vermuthet werden[c]), nur überwiegt noch die Vermuthung für den dem patronatischen Erbrecht[d]), oder einem Fideicommiß[e])

---

a) Die Persönlichkeit, die den Tod überdauert, ist nur die juristische, in dem hinterlassenen Vermögen fingirte (§. 27). Die Beschimpfung z. B. eines Verstorbenen ist keine Injurie gegen ihn, sondern gegen den Erben, L. 1 §. 4. 6 D. de iniur. (47, 10).

b) Controverse über den Zeitpunkt des vermutheten Todes: 1) Zeitpunkt der Verschollenheit, Pufendorf, observ. IV. 84, 5 und die das. cit. älteren Praktiker; 2) Zeitpunkt des zur Todeserklärung berechtigenden Alters, Glück, Commentar VII S. 496 ff. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. II. 4. 5. Savigny, System II §. 63; 3) Zeitpunkt der gerichtlichen Todeserklärung, Eichhorn, deutsches Privatr. §. 327. Vangerow, Leitfaden I S. 57 f.

c) L. 9 §. 1. 4 L. 22. 23 D. de reb. dub. (34, 5), L. 26 pr. D. de pact. dot. (23, 4). Mühlenbruch, über die Priorität des Todes, Archiv für civ. Praxis IV. 27 (1821) dehnt dieß zu der Regel aus, daß Unmündige vor den Mündigen sterben, s. dagegen Vangerow, Leitfaden I S. 59. Savigny II §. 22.

d) L. 9 §. 2 D. de reb. dub. (34, 5).

e) L. 17 §. 7 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Bey dieser Vermuthung wird aber vorausgesetzt, daß der Fideicommissar nicht mit dem Erbrecht der Mutter in Collision kommt, L. 34 D. eod.

günstigen früheren Tod. Außerdem gilt die Regel, es hat keiner den Andern überlebt[f]).

Eine andere Endigung des Rechts der Persönlichkeit als den Tod giebt es nach heutigem gemeinem Recht nicht. Verlust der Freiheit, welcher die Person vernichtete, ist nicht mehr möglich, der Verlust des Bürgerrechts, welcher die Person aus dem Kreis des Jus civile wegnahm, hat mit der Civität selbst seine Natur im heutigen Recht ganz verändert, und ist für das Privatrecht von kaum merklicher Bedeutung.

III. Minderung.

A. Die Lehre vom Status und der Capitis Deminutio.

§. 116.

Das römische Recht knüpft die Stellung des Menschen im Recht, von der seine Persönlichkeit abhängt, den status hominum, das ius personarum, an drey Bedingungen: libertas, welche die Menschen in Freie und Sclaven scheidet, civitas, welche die Freien in cives, latini, peregrini theilt, familia, wodurch die Cives entweder sui iuris oder alieno iuri subiecti (in potestate, manu, mancipio) sind, — Bedingungen von welchen im justinianischen Recht die zweite (und mit ihr die ihr entsprechende Eintheilung) außer Gebrauch gesetzt, die dritte aber durch den Wegfall der manus und des mancipium beschränkt, und somit die ihr entsprechende Eintheilung auf die in patres familias und filii und filiae familias reducirt ist. Eine Minderung der Rechtsfähigkeit, die eine Veränderung im Status (prioris status permutatio) in sich schließt, heißt capitis deminutio, und es giebt eine c. d. 1) maxima, wodurch die Freiheit, und damit auch die zweite und dritte Bedingung der Rechtsfähigkeit verloren wird, und die daher keine bloße Minderung, sondern eine gänzliche Aufhebung der Persönlichkeit, eine rechtliche Nullificirung des Menschen enthält, 2) media, wodurch die Civität und damit auch die dritte Bedingung untergeht, 3) minima, die eine Veränderung der familia und damit den

f) L. 9 pr. §. 3 L. 16—18 D. de reb. dub. (34, 5). In Beziehung auf Schenkungen, die durch den Tod des Schenkers perfect werden, wird diese Regel so gewendet, daß die Schenkung erhalten wird, L. 8 eod., L. 32 §. 14 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1), L. 26 D. de mortis causa don. (39, 6).

Verlust der Agnationsrechte enthält (also nach dem Recht, wie es sich schon zur Zeit der römischen Juristen gestaltet hatte, nicht wesentlich eine Minderung der Rechtsfähigkeit), zugleich aber noch besondere Wirkungen hat, die indessen im justinianischen Recht weggefallen sind[a]).

Diese ganze Lehre, die schon im justinianischen Recht ihren inneren Zusammenhang verloren hatte, und darin nur in Bruchstücken und in Reminiscenzen, die des praktischen Gehalts entbehren, erscheint, ist für das heutige Recht eine bloße Antiquität; das Herüberziehen der römischen Terminologie von Status und Capitis Deminutio auf heutige Rechtszustände könnte nur die Folge haben, die Auffassung dieser und die Kenntniß der römischen zugleich zu trüben und zu verwirren[b]).

B. Stufen der Persönlichkeit nach heutigem Recht.

§. 117.

Die Persönlichkeit hat in dem heutigen Privatrecht eine doppelte Richtung: 1) auf die allgemeinen, keinen besondern Stand voraussetzenden Rechte, wohin namentlich alle die Rechte gehören, die sich auf das römische Recht gründen, 2) auf die Standesrechte, welche die Mitgliedschaft in einem mit einer besondern Rechtssphäre versehenen Stand voraussetzen. Auf jene bezieht sich die allgemeine oder bürgerliche Rechtsfähigkeit (welche zugleich die Grundlage der gemeinen bürgerlichen Ehre ist §. 119), auf diese die besondere oder Standesrechtsfähigkeit (welcher die Standesehre entspricht). Wie die Rechte, wozu diese letztere befähigt, so fällt auch sie selbst nicht in den Kreis des gemeinen Civilrechts. Die allgemeine Rechtsfähigkeit aber enthält zwey Hauptstufen: 1) das Recht der Persönlichkeit überhaupt, welches (abgesehen von dem natürlichen Tod) nicht aufgehoben (§. 115), aber gemindert werden kann, durch Ehrenminderung (§. 119); 2) das Recht der

---

a) Das Nähere über alles dieses s. Puchta, Cursus der Inst. II §. 210 bis 220. (Dagegen: v. Scheurl, Beitr. [1852] No. IX., welcher jede, selbst die minima capitis deminutio nicht als bloße Verminderung der Rechtsfähigkeit, sondern als Untergang der ganzen privatrechtlichen Persönlichkeit [bürgerlichen Tod] auffaßt, und daher auch mit Hugo und Böcking, Instit. §. 58 nicht De- sondern Diminutio schreibt. R.)

b) Savigny, System II §. 75.

selbstständigen Persönlichkeit, welches aufgehoben werden kann durch Unterwerfung unter die väterliche Gewalt.

§. 118.

Das Recht der selbstständigen Persönlichkeit hat der Paterfamilias, der homo sui iuris, es fehlt dem Filiusfamilias, der unter väterlicher Gewalt stehenden Person. Die Differenz der Persönlichkeit des Filiusfamilias von dem Recht der selbstständigen Persönlichkeit beruht auf dem Einfluß, den die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt auf die Rechtsfähigkeit hat[a]). Dieser Einfluß besteht darin, daß der Filiusfamilias kein selbstständiges Vermögen hat[b]). Keinen Einfluß äußert daher die väterliche Gewalt auf die öffentlichen Rechte (wenn sie nicht ausnahmsweise ein selbstständiges Vermögen voraussetzen)[c]), und auf die reinen Familienrechte. Was aber das Vermögensrecht anlangt, so steht die väterliche Gewalt der Schuldenfähigkeit und der Fähigkeit, Beklagter zu seyn, nicht entgegen[d]). Active Vermögensrechte kann der Filiusfamilias nach neuem Recht haben, aber sie stehen regelmäßig unter dem Gubernium des Vaters, daher hat sich der alte Grundsatz erhalten, daß er nicht als Kläger auftreten kann[e]), wenn

---

a) Vgl. Savigny, System II §. 67. 71—74, vgl. S. 150. Puchta, Cursus der Inst. II §. 219.

b) Das Princip des alten Rechts war Unfähigkeit, Vermögensrechte zu haben, das Princip des neuen ist Unfähigkeit, über das Vermögen irgend wie zu disponiren. Beides bringt in Beziehung auf die Persönlichkeit nahezu dieselben praktischen Resultate hervor.

c) L. 9 D. de his qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6): Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur.

d) L. 39 D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest. L. 57 D. de iud. (5, 1), L. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5), L. 44. 45 D. de pecul. (15, 1), L. 6 §. 7 D. de A. E. V. (19, 1), L. 141 §. 2 D. de V. O. (45, 1). Modificationen hinsichtlich des Gelddarlehns und der Pollicitationen. Auf diese bezieht sich vielleicht L. 43 D. de O. et A. (44, 7): Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis —. Vgl. L. 2 §. 1 D. de pollic. (50, 12): voto autem patresfamilias obligantur, puberes, sui iuris —.

e) L. 8 §. 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 9 D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat. L. 13 §. 2 D.

nicht als Procurator eines andern Berechtigten [f]). Noch mehr steht die väterliche Gewalt Rechtsgeschäften und Processen zwischen Vater und Sohn entgegen. Der Mangel eines selbstständigen Vermögens macht endlich den Filiusfamilias unfähig ein Testament zu errichten. Es giebt Güter, welche durch singuläres Recht dem Einfluß der väterlichen Gewalt entzogen sind; in Beziehung auf diese sind auch, soweit diese Befreiung reicht, jene Beschränkungen der Persönlichkeit außer Wirkung gesetzt [g]).

C. Ehrenminderung [a]).

§. 119.

Die Persönlichkeit giebt eine sittliche Achtung, die zu bewahren die Pflicht der Person ist; dieses sittliche Element macht die Rechtsfähigkeit zur Ehre (existimatio) [b]). Aber nur das Recht der Persönlichkeit überhaupt (sowohl als allgemeine denn als Standes-Rechtsfähigkeit) hat jene Begleiterin, nicht das Recht der selbstständigen Persönlichkeit: es giebt eine gemeine bürgerliche und eine Standes-Ehre, aber es ist keine Ehre, Paterfamilias zu seyn [c]). Die Verbindung nun einer sittlichen Achtung mit der Rechtsfähigkeit bringt eine natürliche Rückwirkung auf diese selbst mit sich: die Rechtsfähigkeit kann dadurch gemindert werden, daß jemand durch seine Schuld die Achtung seiner Rechtsgenossen einbüßt. Ehrenminderung ist zugleich Minderung der Rechtsfähigkeit.

---

quod vi (43, 24). Andere Ausnahmen: L. 12 D. de in ius voc. (2, 4), L. 8 pr. D. de procur. (3, 3), L. 22 pr. D. de inoff. test. (5, 2). Vgl. L. 13 D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere, eine Stelle, die im justinianischen Recht keinen zu rechtfertigenden Sinn hat.

f) L. 8 pr. D. de proc. (3, 3), L. 18 §. 1 D. de iud. (5, 1). Auch die Fähigkeit, Popularklagen anzustellen, ist darauf zu gründen.

g) Die nähere Darstellung des Einflusses der väterlichen Gewalt auf das Vermögen wird in der Lehre von dieser Gewalt selbst gegeben.

a) Burchardi, de infamia ex disciplina Romanorum 1819. Marezoll, über die bürg. Ehre, ihre gänzl. Entziehung und theilw. Schmälerung 1824. Savigny, System II §. 76—83 (1840). Puchta, Cursus der Inst. II §. 216.

b) L. 5 §. 1 D. de extraord. cogn. (50, 13): Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus —.

c) Das römische Recht knüpfte die Ehre an die Civität, und zwar an die politisch berechtigte. Daß sie im Privatrecht zur Sprache kommt, ist nur ein Accessorium.

In der Ehre gemindert ist, wer sich einer Handlung oder eines Zustandes schuldig macht, welcher ihm dem sittlichen Urtheil seiner Mitbürger gemäß die Achtung ganz oder theilweise entzieht. Dieß heißt im römischen Recht nota (levis nota), turpitudo [d]), Ausdrücke, die nur einen quantitativen Unterschied bezeichnen. Die rechtlichen Wirkungen dieser Ehrenminderung sind 1) im allgemeinen eine Zurücksetzung des Verächtlichen überall, wo das richterliche Ermessen die Individualität zu berücksichtigen hat [e]); 2) speciell: Ausschließung von einer famosa actio gegen einen Unbescholtenen [f]), von der querela inofficiosi testamenti gegen das Testament eines Geschwisters und Statthaftigkeit der Querel gegen den Verächtlichen [g]). Diese Ehrenminderung kann gehoben werden durch famae restitutio von dem Regenten, deren Wirksamkeit aber voraussetzt, daß der Grund der Verächtlichkeit nicht fortdauert.

§. 120.

Neben dieser unbestimmten Ehrenminderung, deren heutige Anwendbarkeit keinem Zweifel unterliegt, und mit ihr unter dem gemeinsamen Namen der ignominia begriffen, kommt im römischen Recht noch eine andere, in ganz bestimmt und eigenthümlich ausgebildeter Form, unter dem Namen der infamia vor (bey den Neuern infamia iuris). Die Ehre kann durch einen Grund, mit welchem eine Rechtsvorschrift diese Folge speciell verbindet, theils aufgehoben werden (consumitur existimatio) — wenn ein Bürger durch eine Verurtheilung capitis deminutio maxima oder media erleidet [h]) —, theils gemindert (minuitur existimatio); diese durch specielle Rechtsvorschrift begründete Ehrenminderung ist die infamia. Sie tritt ein als Folge 1) der Verurtheilung in einem iudicium publicum, welches Verbrechen auch dasselbe veranlaßt haben, und welche Strafe sonst noch damit verbunden seyn

---

d) Von unsern Juristen auch infamia facti genannt wegen L. 2 pr. D. de obsequ. par. (37, 15).

e) Beim Zeugniß, L. 3 pr. D. de testib. (22, 5), Nov. 90 c. 1, bey der vormundschaftlichen Administration, L. 17 §. 1 D. de test. tut. (26, 2), bey der Entscheidung des Besitzstandes für das interdictum de liberis exhibendis, L. 3 §. 4. 5 D. de lib. exh. (43, 30).

f) L. 11 §. 1 D. de dolo (4, 3).

g) L. 11. 19. 27 C. de inoff. test. (3, 28).

h) L. 5 §. 3 D. de extraord. cogn. (50, 13).

mag[i]), vorausgesetzt daß die Verurtheilung nicht sogar die consumtio existimationis zur Folge hat; 2) der Verurtheilung wegen eines crimen extraordinarium, wenn es ein Verbrechen ist, bey dem auch die Verurtheilung auf Civilklage (s. 3) infamiren würde[k]); 3) der Verurtheilung wegen einiger Privatdelicte: Diebstahl, Raub, Injurie, Betrug, sepulcri violatio[l]); 4) der Verurtheilung mit der actio directa aus der Societät, Tutel, dem Mandatum (hier auch bey der actio contraria), dem Depositum (daher contractus famosi genannt)[m]); 5) des richterlichen Decrets, welches einen Vormund wegen Dolus absetzt[n]), des Urtheils, wodurch der Zinswucher constatirt wird[o]), der missio ignominiosa eines Soldaten[p]); 6) gewisser Vergehen und unsittlicher Handlungen ohne Urtheil oder Decret: Verletzung der Trauerzeit, doppeltes Verlöbniß, doppelte Ehe[q]), Ehebruch der Frau, wenn sie darüber betroffen worden ist[r]), Verletzung eines von dem Verletzer beschworenen Vergleichs oder Erlaßvertrags[s]), Ehe des Vormunds oder seines Sohnes mit der Mündelin vor gänzlicher Beseitigung der Möglichkeit von Ansprüchen aus der Vormundschaft[t]) u. s. w.[u]); 7) gewisser

i) L. 1 D. de his qui notantur infamia (3, 2), L. 7 D. de publ. iud. (48, 1). Iudicia publica sind Criminalprocesse, die auf den leges iudiciorum publicorum beruhen, L. 1 eod. Ist eine schwerere Strafe, als recht war, verhängt und erduldet worden, und zwar eine solche, die sich nachher nicht noch mindern läßt, so wird dagegen die Infamia nachgelassen, L. 13 §. 7 D. de his qui not., L. 10 §. 2 D. de poen. (48, 19), L. 15 pr. D. ad munic. (50, 1).

k) L. 7 D. de publ. iud. (48, 1), L. 13 §. 8 D. de his qui not. (3, 2). In L. 2 D. stellion. (47, 20) heißt famosum iudicium so viel als iudicium publicum, weil nur dieses regelmäßig famosum ist. Marezoll a. a. O. S. 134 ff.

l) L. 1. 6 §. 1 L. 15—19 D. de his qui not. (3, 2), L. 1 D. sep. viol. (47, 12). Loskauf von der Klage hat hier die Wirkung der Verurtheilung, L. 6 §. 3 D. de his qui not.

m) L. 1. 6 §. 5. 7 L. 7 eod.

n) L. 3 §. 18 L. 4. 7 §. 1 D. de susp. tut. (26, 10).

o) L. 20 C. ex quibus causis infamia irrogatur (2, 12).

p) L. 1 D. de his qui not. (3, 2).

q) L. 1 eod.

r) L. 43 §. 12. 13 D. de ritu nupt. (23, 2).

s) L. 41 C. de transact. (2, 4).

t) L. 66 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).

u) S. Marezoll a. a. O. S. 192 ff.

Gewerbe: der Schauspieler, Thierkämpfer, Huren, Hurenwirthe[v]). Die Infamia ist der Regel nach etwas dauerndes[w]), aber sie kann aufgehoben werden durch in integrum restitutio gegen das sie begründende Urtheil[x]), und durch restitutio famae von dem Regenten[y]).

Die Bedeutung der Infamia war ursprünglich eine politische: Verlust des ius suffragii et honorum[z]), im späteren Recht ist davon nur die Untüchtigkeit zu Ehrenämtern übrig geblieben, welche überdieß auch schon eine Folge der turpitudo ist, so daß die infamia dadurch keine eigenthümliche Bedeutung mehr hat[aa]). Eine privatrechtliche Wirkung hat sie durch die Lex Julia in Beziehung auf die Fähigkeit zur Ehe erhalten[bb]), diese ist im justinianischen Recht weggefallen; ferner durch die Beschränkung des Rechts zu postuliren und als Proceßprocurator aufzutreten[cc]), eine Wirkung, die im justinianischen Recht dadurch, daß sie nicht von der Gegenparten geltend gemacht werden kann, sondern dem Ermessen des Richters anheimfällt[dd]), ganz verändert worden ist, so daß die Infamia in dieser Beziehung keine andere Stellung mehr hat, als die turpitudo. Alle andern privatrechtlichen Wirkungen sind solche, die von jeher auch der turpitudo zukommen (§. 119).

Daraus ergiebt sich, daß die römische Infamia aufgehört hat, ein Institut des geltenden Rechts zu seyn[ee]), und daß die turpi-

v) L. 1. 24 D. de his qui not. (3, 2), L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1), L. 43 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2). — Die Fälle 1—5 begreifen die Neueren unter dem Ausdruck infamia iuris mediata, die Fälle 6, 7 nennen sie inf. i. immediata.

w) L. 43 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 §. 4 D. de re mil. (49, 16), L. 6 C. ex qu. c. infam. (2, 12). Ausnahmen: L. 8 D. de postul. (3, 1), L. 3 §. 1 D. de decur. (50, 2), L. 1. 2 C. de his qui in exil. (10, 59).

x) L. 1 §. 10 D. de postul. (3, 1).

y) Nicht dieselbe Wirkung hat die Begnadigung, diese befreit nur von der Erduldung der Strafe, wovon die Infamia unabhängig ist, L. 3 C. de generali abolit. (9, 43).

z) Savigny, System II §. 80. 81.

aa) L. un. C. de infamibus (10, 57), L. 2. 6 C. de dignit. (12, 1).

bb) Savigny, II Beil. VII.

cc) L. 1 D. de postul. (3, 1), L. 4 D. de popul. act. (47, 23).

dd) §. 11 I. de except. (4, 13).

ee) Savigny, II §. 83. Eine andere Frage ist, welchen Einfluß die

tudo die einzige Ehrenminderung des heutigen Rechts ist, welche zugleich dem römischen angehört.

IV. Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

§. 121.

Die Verletzung des Rechts der Persönlichkeit, welche einen Schutz desselben veranlaßt, kann 1) eine Bestreitung dieses Rechts in sich schließen; in diesem Fall wird eine unmittelbar aus demselben entspringende Klage gegeben, welche die Wiederherstellung gegen jene Verletzung, also die Anerkennung des Rechts durch den Richter, und damit die Beseitigung jener Anfechtung zum Zweck hat. Es bedarf zu diesem Behuf keiner Condemnation, sondern nur des dem Kläger das Recht zuerkennenden richterlichen Ausspruchs (actio praeiudicialis de statu). Eine solche Klage setzt die rechtliche Möglichkeit einer Bestreitung voraus, diese ist nach heutigem Recht hinsichtlich der allgemeinen Rechtsfähigkeit durch den Rechtssatz, daß alle Menschen Personen sind, ausgeschlossen[a]). Nur das Recht der selbstständigen Persönlichkeit (§. 118) kann mit dem Schein Rechtens bestritten, und daher mit einer Klage unmittelbar geltend gemacht werden[b]). 2) Eine Verletzung der Persönlichkeit, die nicht eine Bestreitung derselben in sich schließt, ist ein Delict. Die Delictsobligationen enthalten einen mittelbaren Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

---

römischen Rechtssätze auf die Ausbildung der ähnlichen Institute des deutschen Rechts gehabt haben? Ihre Beantwortung ist eine Aufgabe des germanistischen Theils der Jurisprudenz.

a) Ueber das römische Recht vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 221.

b) Man kann sie actio de statu patrisfamilias nennen, gewöhnlich wird sie actio de patria potestate negativa genannt, und damit die actio de p. p. affirmativa zusammengestellt, die nicht hieher gehört, so wenig als die Klagen aus dem elterlichen und Kindesrecht.

Zweites Kapitel.

Das Recht des Besitzes[a]).

I. Begriff und rechtliche Natur des Besitzes.

§. 122.

Die Unterwerfung einer Sache unter den menschlichen Willen, welche die allererste Aeußerung der Persönlichkeit ist, läßt sich auf doppelte Art denken: als eine rechtliche und als eine factische. Jene ist das Eigenthum nebst den daraus abgeleiteten Rechten (fünftes Buch), die factische Gewalt über die Sache, die mit der rechtlichen verbunden oder davon getrennt seyn kann, ist der Besitz, possessio. Auch der Besitz ist ein Rechtsverhältniß, aber er trägt seinen rechtlichen Charakter nicht wie das Eigenthum in sich (denn er ist bloß factische Gewalt), sondern entlehnt ihn von einem andern Recht. Als diese Voraussetzung seines rechtlichen Wesens kann das Eigenthum betrachtet werden; auf diesem Standpunkt ist der Besitz etwas rechtliches nur bey dem Eigenthümer, der darin sein Eigenthum ausübt, und dem, welcher diese Befugniß von dem Eigenthümer überkommen hat. Aber der Besitz ist auch für sich und selbstständig gegen das Eigenthum zu einem Rechtsverhältniß erhoben, so daß der Besitzer um des Besitzes willen ein Berechtigter ist[b]), und diese selbstständige rechtliche Natur des Besitzes, die ihn über die Eigenschaft einer bloßen Eigenthumsbefugniß hinaushebt und dem Eigenthum als ein besonderes Recht gegenüberstellt, entlehnt er von dem Recht der Persönlichkeit, das schon der factischen Gewalt, welche die Person ausübt, eine rechtliche, nur der auf rechtlichem Wege nachgewiesenen und entschiedenen rechtlichen Macht über die Sache weichende Garantie verleiht: der Besitzer, der in seinem Besitz als solchem geschützt seyn

---

a) v. Savigny, das Recht des Besitzes 1803, 6. Aufl. 1837. (Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848, enthält hauptsächlich nur die Dogmengeschichte der Besitzesklagen. Vgl. darüber Rudorff, in der A. L. Z. 1849. Num. 4—8. R.)

b) L. 2 D. uti possid. (43, 17): iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet. L. 36 in f. D. de adqu. poss. (41, 2).

will, gründet sein Verlangen nicht auf sein Eigenthum oder sonstiges Recht an der Sache (das er vielmehr noch ganz dahin gestellt seyn läßt), sondern auf seine Persönlichkeit, die in dem Besitz thätig geworden ist, und dieses factische Verhältniß mit einem rechtlichen Charakter bekleidet[c]).

II. Arten des Besitzes.

A. Nach seiner ursprünglichen Natur.

§. 123.

In dem Besitz sind zwey Elemente zu unterscheiden: 1) das körperliche Verhältniß zur Sache, welches die factische Gewalt über sie bedingt (corpus), 2) die Richtung des Willens auf die Sache (animus). Das erste ist bey jedem Besitz im Wesentlichen (also abgesehen von den verschiedenen Formen, die es annehmen kann) dasselbe, der animus dagegen kann ein verschiedener seyn, und damit der Besitz selbst. Er kann a) dem körperlichen Verhältniß vollkommen entsprechen, also der Wille, die Sache total für sich zu haben, seyn[a]); b) er kann hinter dem Gehalt des körperlichen Verhältnisses (welches immer die Sache in ihrer Totalität ergreift) zurückbleiben, also auf einen partiellen Zweck der Sache beschränkt seyn, so daß er neben sich einen fremden animus rem sibi habendi zuläßt. So ist daher Besitz mit dem animus domini und Besitz ohne ihn gleichzeitig an derselben Sache möglich, das Verhältniß beider ist aber dieses, daß der letztere ein Besitz in fremdem Namen ist, daß der Besitzer (der in dem körperlichen

c) Puchta, Cursus der Inst. II §. 224. Diese innere Begründung der gegebenen Thatsache, daß der Besitz ein Rechtsverhältniß ist, hat die bewundernswürdige Darstellung und Auseinandersetzung der Thatsache selbst in dem angeführten Werk von Savigny zur Voraussetzung; daß dieses Werk jene innere Begründung nicht zu seiner besondern Aufgabe machte, war gegenüber der unsäglich verkehrten und verwirrten Besitztheorie, die es vorfand und aufhob, kaum ein Mangel zu nennen, es war eine durch den Stand der Sache gewissermaßen gebotene Resignation. Auf dem geebneten Feld hat sich nachher eine ungemessene Zahl von Schriftstellern eingefunden, und besonders hat es nicht an Solchen gefehlt, die dem festen, bequemen Bau den Giebel aufzusetzen und ihn dadurch zu dem ihrigen zu machen gedachten.

a) Man nennt ihn animus rem sibi habendi oder nach dem Vorgang des Theophilus (Paraphr. der Inst. II. 9, 4. III. 29, 2: ψυχὴ δεσπόζοντος) animus domini, Wille eines Eigenthümers, Wille, wie ihn der besitzende Eigenthümer hat.

Verhältniß zur Sache ohne den animus domini steht) den Besitz eines Andern ausübt; dieser (da er selbst nicht im körperlichen Verhältniß sich befindet) besitzt durch jenen. Daher ist denn auch nur der Besitz mit dem animus domini eigentlich possessio zu nennen, nicht jener andere, der nur die Ausübung einer fremden possessio ist[b]).

Nur der Besitz mit dem animus domini, die eigentliche possessio, ist es, der den Charakter eines selbstständigen Rechts erhalten hat, und der daher das Recht des Besitzes, oder juristischer Besitz (auch von seinem Schutz — §. 132 — Interdictenbesitz) genannt wird. Diesem gegenüber heißt der Besitz in fremdem Namen natürlicher Besitz, Detention, bey den Römern in possessione esse (in einem fremden Besitz seyn), tenere, corporaliter tenere[c]).

B. In Folge juristischer Modificationen.

1. Einfluß der causa possessionis.

§. 124.

Causa possessionis heißt der rechtliche Grund, auf dem der animus possidendi beruht (Titel des Besitzes)[a]). Davon ist das Recht zu besitzen abhängig, nicht das Factum des juristischen Besitzes, das Recht des Besitzes selbst, für das es nur auf die Existenz des animus possidendi, nicht auf sein Motiv ankommt[b]).

---

b) L. 18 pr. D. de adqu. poss. (41, 2): Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere, nam possidet cuius nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium. Noch bestimmter ist der Ausdruck habere possidere für den Besitz mit dem animus domini, L. 49 §. 1 eod.

c) L. 10 §. 1 L. 24. 49 §. 1 D. eod., L. 9 D. de R. V. (6, 1). Die letzten Ausdrücke beziehen sich darauf, daß im Detentor das körperliche Verhältniß vollständig sich findet; insofern nun naturalis in dem Sinn von corporalis genommen wird, kann die Detention auch naturalis possessio heißen, L. 3 §. 3 L. 24 de adqu. poss. (41, 2), L. 2 §. 1 D. pro her. (41, 5), L. 38 §. 7. 8 D. de V. O. (45, 1).

a) Wer keinen Titel angeben kann, besitzt pro possessore: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo — nec ullam causam possessionis possit dicere — L. 11 §. 1 L. 12. 13 pr. D. de H. P. (5, 3).

b) L. 3 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2): — in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat. — Vgl. §. 122 Note b.

Doch ist die causa possessionis nicht ganz ohne Einfluß auf die Natur des Besitzes geblieben[c]). Vor allem unterscheidet sich nach der causa rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz (iusta, iniusta possessio). Iniusta possessio heißt aber insonderheit die, welche durch Gewalt (vi), heimlich (clam), oder durch ein Precarium (precario) erlangt worden ist[d]). Sodann kommt die causa zur Sprache, wenn der Besitz durch Usucapion zum Eigenthum führen soll; zu dieser Wirkung ist erforderlich, daß er auf einer iusta causa (iustus titulus) beruhe (außerdem noch der Besitzer in bona fide und die Sache usucapionsfähig sey, s. §. 157. 158). Dieser Usucapionsbesitz (possessio ad usucapionem) ist eine besondere Art des juristischen Besitzes, er heißt auch civilis possessio, und der einfache juristische Besitz wird ihm als naturalis possessio gegenübergestellt[e]). Jeder Usucapionsbesitz ist juristischer, aber nicht jeder juristische ist Usucapionsbesitz.

---

c) Eine nicht hieher gehörige Wirkung der causa possessionis ist, daß es Klagen giebt, die gegen den Besitzer gehen, aber eine gewisse causa des Besitzes voraussetzen, so die Erbschaftsklage.

d) Ueber den Einfluß, den dieser Unterschied auf den Schutz des Besitzes hat, s. §. 132. — In L. 13 §. 1 D. de publ. act. (6, 2) L. 7 §. 4 D. comm. div. (10, 3) wird die precaria zu den iustae possessiones gerechnet; das Wort wird hier in einem allgemeinen Sinn gebraucht, in dem jeder Besitz dahin gehört, der nicht ein rechtswidriger Zustand ist.

e) S. z. B. L. 1 §. 9. 10 D. de vi (43, 16): Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus. Vgl. L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6): Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat. (Vgl. §. 425 Note f. N.) L. 3 §. 15 D. ad exhib. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni, denique creditorem qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. Vgl. L. 7 §. 3 eod. Die richtige Bedeutung der civilis possessio, und damit die wahre Interpretation vieler wichtiger Stellen des römischen Rechts hat Savigny gegen die früheren Irrthümer festgestellt, R. d. Bes. §. 7. 10. Die gangbarste Meinung war früher, civilis possessio heiße der juristische Besitz überhaupt, noch bis zuletzt festgehalten

Man kann für denselben Besitz mehrere causae haben[f], aber die causa ist eine Thatsache, die nicht bloß von dem Willen des Besitzers abhängt: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[g]).

2. Abgeleiteter Besitz.

§. 125.

Als ein selbstständiges Recht gilt nur der Besitz mit dem animus domini, bey dem die Totalität des körperlichen Verhältnisses durch den eben so totalen Willen der Person gedeckt und von der Persönlichkeit geschirmt wird (§. 122). Dieser Grundsatz ist in zwey Fällen überschritten und eine Uebertragung des juristischen Besitzes auf den Sequester[a]) und auf den Pfandgläubiger[b]) gestattet worden, welche des animus domini entbehren[c]). Dieser juristische Besitz, der es an sich nicht wäre, und nur auf einer in diesen Fällen dem Bedürfniß nachgelassenen Uebertragung beruht, wird passend abgeleiteter Besitz genannt[d]).

---

von Thibaut, Archiv für civ. Pr. XVIII. 13 (1835), und neuerdings mit einer kleinen Modification wieder vertheidigt von Burchardi, Archiv für civ. Pr. XX. 2 (1837), vgl. Savigny, R. d. B. S. LI ff., ferner von Vangerow, Leitfaden I S. 268 ff. (1839). Die vornehmsten Gründe der letzten (ohne Zweifel tüchtigsten) Vertheidigung des Irrthums geben die angeführte L. 3 §. 15 D. ad exh. nebst L. 7 §. 1 eod., s. §. 128 Note e, (vgl. dagegen Puchta, de civili possessione 1839) und L. 2 §. 1 D. pro her. (vgl. dagegen Puchta, Cursus der Inst. II §. 226 Note l).

f) L. 3 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2): — nec enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus.

g) L. 3 §. 19 D. eod. Näher bestimmt wird diese einflußreiche Regel in L. 3 §. 20 L. 19 §. 1 D. eod., L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3), L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6), L. 6 §. 3 D. de precar. (43, 26). Einen größeren Umfang hatte sie bey der alten usucapio pro herede lucrativa, L. 2 §. 1 D. pro her. (41, 5). Vgl. Puchta in Weiske's Rechtslexikon: Besitz §. 9.

a) L. 17 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2).

b) L. 36 eod., L. 16 D. de usurp. (41, 3).

c) Gegen die entgegengesetzte Meinung von Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. II. 7 (1829), Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XIII. 9 (1830) u. A., s. Savigny, R. d. B. §. 9.

d) Savigny stellt zu dem abgeleiteten Besitz noch den des Precaristen und des Emphyteuta, s. dagegen Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1837 S. 679 f. (Vorlesungen ed. 4. §. 125 Note 6. Arndts Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. III. 9. [1847]. Vgl. §. 137. b. — Bruns, Recht des Besitzes [1848]

III. Erwerb und Verlust des Besitzes[a]).

A. Möglichkeit desselben.

§. 126.

Die natürliche Thatsache des Besitzes ist dadurch nicht umgestaltet worden, daß sie zu einem Rechtsverhältniß erhoben worden ist. Dieß zeigt sich bey der Frage nach der Existenz (dem Erwerb und Verlust) des Besitzes, die zum größten Theil aus der factischen Natur des Besitzes zu beantworten ist[b]). Doch werden die natürlichen Grundsätze, wonach ein Besitz überall anzunehmen wäre, wo die factische Gewalt mit dem Willen zu besitzen existirt, und umgekehrt nicht, in einigen Punkten modificirt durch die rechtliche Natur, die der Besitz angenommen hat[c]). Es giebt daher nicht bloß factische Hindernisse des Besitzes, sondern auch rechtliche, diese leiten sich theils aus seiner Eigenschaft als eines Rechts ab, theils beruhen sie auf willkürlicher Rechtsvorschrift.

1. In Beziehung auf die Personen.

§. 127.

Aus natürlichen Gründen ist der Besitz ausgeschlossen für die Personen, welche eines wirklichen Willens oder wenigstens des na-

---

§. 2 findet den abgeleiteten Besitz im röm. Recht in fünf Fällen (Pfand, Precarium, Sequestration, Emphyteusis und Superficies — vgl. gegen den letzten: Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XI. 7 —), die er, wegen Mangels jeden Princips, für das heutige Recht sämmtlich verwirft. Er übersieht, daß der Besitz, als ein dem Rechte verwandter Vortheil, auch ein Gegenstand des Verkehrs durch Besitzgeschäfte [Savigny, S. 29] geworden ist, und daher eben so frei übertragen werden kann, wie das Eigenthum, sofern nur die Absicht hierauf und nicht bloß wie bei dem Depositum, Commodatum und der Superficies auf Ueberlassung der Detention, des Gebrauchs oder contractmäßigen Genusses gerichtet ist. R.)

a) Dig. XLI. 2: de adquirenda vel amittenda possessione. Cod. VII. 32: de adquirenda et retinenda possessione.

b) L. 1 §. 3 D. h. t. (41, 2): Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti non iuris esse, quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. L. 29 eod., L. 19 D. quib. ex caus. maior. (4, 6): — possessio plurimum facti habet —.

c) Darauf beziehen sich die Aeußerungen: plurimum ex iure possessio mutuatur — possessio non tantum corporis, sed et iuris est, in L. 49 pr. §. 1 D. h. t. (41, 2).

türlichen Besitzwillens, der auf das Haben und Behalten der Sache gerichtet ist (affectio tenendi) nicht fähig sind: juristische Personen, Wahnsinnige, Kinder[a]). Als Auskunftsmittel gegen diese natürliche Unfähigkeit ist der Besitzerwerb durch Repräsentanten für sie über seine sonstigen Gränzen ausgedehnt (§. 130)[b]), und bey Kindern überdieß die Möglichkeit einer natürlichen Ergänzung des Besitzwillens angenommen worden[c]). So ist durch juristische Behandlung der Existenzfrage ein Besitz möglich, dessen Daseyn vom rein natürlichen Standpunkt aus geläugnet werden müßte[d]).

Vermöge der rechtlichen Natur des Besitzes können die eines Vermögensrechts Unfähigen auch nicht juristische Besitzer seyn[e]).

a) L. 1 §. 15 D. si is qui testamento (47, 4): — possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi —. (Vgl. Ihering, de hereditate possidente 1842.) L. 1 §. 22 L. 18 §. 1 D. h. t. (41, 2), L. 26 C. de donat. (8, 54).

b) L. 1 §. 20. 22 L. 2 D. h. t. (41, 2), L. 13 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

c) L. 32 §. 2 D. h. t. (41, 2): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest. L. 3 C. eod. (7, 32): Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. S. dazu Puchta, über den Besitzerwerb eines Kindes, Kleine civilist. Schriften 1851. S. 303 ff. (Denzinger, Archiv für civ. Pr. XXXI. 7. 13 [1848]. Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 127 Anm. 5 und Beil. XI. R.)

d) Dieselbe Folge tritt auch ein durch die besondere Bestimmung des Verlustes animo (§. 131) und durch die Anwendung der Unfähigkeit ein Recht aufzugeben auf den Besitz. L. 29 D. h. t. (41, 2): Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo sed ut corpore desinat possidere, quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest.

e) L. 30 §. 3 D. eod., L. 49 §. 1 eod.: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Im Allgemeinen ist für die Filiifamilias diese Unfähigkeit durch das neuere Recht modificirt, auf den Besitz der res peculiares aber hat diese Modification keinen Einfluß.

2. In Beziehung auf die Gegenstände.

§. 128.

Aus natürlichen Gründen ist der Besitz ausgeschlossen 1) an allen unkörperlichen Dingen[a]), 2) an körperlichen Theilen einer Sache, die kein gegen das Ganze selbstständiges Daseyn haben, also an integrirenden Theilen, man kann nur das Ganze, nicht die Theile für sich besitzen[b]), 3) an körperlichen Theilen, deren Verhältniß zu dem Ganzen so beschaffen ist, daß eine von der factischen Gewalt über das Ganze unabhängige sich nicht über sie denken läßt, wie dieß stets bey den Theilen beweglicher Sachen der Fall seyn wird[c]). Dem Besitzer der Theile durch den Besitzer des Ganzen steht von Seiten der körperlichen Gewalt nichts entgegen, wohl aber von Seiten des animus, daß er sich nicht in dem körperlichen Verhältniß, welches nur das Ganze ergreift, manifestirt[d]); dieses Hinderniß fällt weg, wenn der Besitzer die von ihm vorher getrennt besessenen Theile in das Ganze erst eingefügt hat[e]).

---

a) L. 3 pr. D. h. t. (41, 2), L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3). Modificirt ist dieser Grundsatz in der iuris quasi possessio (§. 137).

b) L. 15 §. 12 D. damni inf. (39, 2), vgl. L. 44 §. 1 in f. D. de O. et A. (44, 7).

c) L. 8 D. de R. V. (6, 1): — — in re mobili — nunquam enim pro diviso possideri potest. Anders bey Grundstücken, L. 8 cit., L. 26 D. de adqu. poss. (41, 2).

d) L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4): — si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes. L. 23 pr. D. de usurp. (41, 3): Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere. nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit eo quod si quis singulas res possideri dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori, quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, utputa cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum omnium (l. dominum) mutet.

e) L. 30 §. 1 D. de usurp. (41, 3): Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent (vgl. L. 50 D. de minor. 4, 4), in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma?

Vermöge der rechtlichen Natur des Besitzes findet kein juristischer Besitz an Sachen Statt, an denen kein Vermögensrecht möglich ist[f].

3. Ausschließlichkeit des Besitzes.

§. 129.

Aus dem natürlichen Begriff des Besitzes folgt, daß nicht mehrere dieselbe ganze Sache besitzen können, der Erwerb des Besitzes durch eine Person setzt seinen Verlust durch den bisherigen Besitzer voraus[a]). Der Grundsatz, daß der Verpfänder die Usucapion fortsetzt neben dem Besitz des Faustpfandgläubigers[b]), ist eine Ausnahme von den Usucapionsregeln, nicht von jenem Princip.

In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum (Pompon.). Ueber die verschiedenen Erklärungen s. Savigny, R. d. B. §. 22 u. S. LXVII ff. Vangerow, Leitfaden I S. 287 ff. Windscheid, Sell's Jahrbücher I. 12 (1842). (Sintenis, Archiv für die civ. Praxis XX. 4. Madai, daselbst XXV. 3 S. 313–322 [1842]. Binding, daselbst XXVII. 11. 15. [1844]. Pape, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge IV. 6. [1847]. Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXI. 10 S. 373 ff. [1848]. R.) Nicht von einem Besitzhinderniß spricht L. 7 §. 1 D. ad exhib. (10, 4): Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum; et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

f) L. 30 §. 1 D. h. t. (41, 2): — locum religiosum et sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum.

a) L. 3 §. 5 D. h. t. (41, 2): Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat, quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris (Paul.). L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6). Die in jener Stelle bestimmt verworfene Ansicht, daß Einer iuste, ein Anderer gleichzeitig iniuste, wenigstens precario besitzen könne, kommt noch in einigen Stellen vor. Ulp. L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17), Pompon. L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26). S. über ihre Entstehung Puchta, Cursus der Inst. II §. 229.

b) L. 16 D. de usurp. (41, 3), L. 36 D. h. t. (41, 2).

Dagegen ist es eine juristische Modification, daß durch die Möglichkeit, den animus possidendi auf einen ideellen Theil der Sache zu richten, obwohl die körperliche Gewalt sich nicht auf einen solchen Theil beschränken läßt, ein Mitbesitz möglich geworden ist, vorausgesetzt daß ein bestimmter ideeller Theil durch eine juristische Thatsache gegeben und von dem Besitzer gekannt wird[c]).

B. Erwerb.

§. 130.

Der Besitz wird erworben durch die Vereinigung der beiden Elemente, aus denen er besteht (corpus und animus §. 123) in der Person des Erwerbers[a]). Die Hervorbringung des körperlichen Verhältnisses heißt Apprehension; sie ist geschehen, wenn der Erwerber in die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gekommen ist, gleichviel von welcher besonderen Beschaffenheit die Acte und Anstalten seyen, durch welche diese factische Gewalt vermittelt wird[b]). Mit dem durch die Apprehension hervorgebrachten körperlichen Zustand muß sich nun der animus possidendi verbinden, der mit der Apprehension gleich-

c) L. 32 §. 2 D. de usurp. (41, 3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit (Pompon.). (Vgl. Rudorff zu Puchta Vorles. §. 128 Note 6 und Beilage XII. R.) L. 26 D. h. t. (41, 2): Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in eo fundo est. nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est, potest (Pompon.).

a) L. 3 §. 1 D. h. t. (41, 2): — adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore —.

b) L. 1 §. 21 eod.: — non est enim corpore et actu (tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. et argumento esse eas res quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint. L. 74 D. de contr. emt. (18, 1). Weitere Anwendungen dieses Princips: s. g. longa manu traditio, L. 18 §. 2 D. h. t., L. 79 D. de solut. (46, 3); Custodia, L. 18 §. 2 cit., L. 51 D. h. t.; Schätze, L. 3 §. 3 L. 44 pr. eod., L. 15 D. ad exhib. (10, 4); wilde Thiere, L. 5 §. 1 L. 55 D. de adqu. dom. (41, 1). Vgl. Savigny, R. d. B. §. 14—18.

zeitig seyn, aber auch nachfolgen kann[c]). Die Erfordernisse des Besitzerwerbs verändern sich nicht, er mag unter Mitwirkung eines bisherigen Besitzers, Tradition, geschehen oder durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers, Occupation. Die Tradition enthält keine Succession in den Besitz.

Die Apprehension kann durch Repräsentanten, unfreie und freie (§. 53), geschehen, die dadurch für einen andern den Besitz erwerben (§. 52), vorausgesetzt 1) daß der Repräsentant diesen Willen hat[d]), 2) daß der Erwerber den animus possidendi hat, in dem Willen findet regelmäßig keine Vertretung Statt, possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno[e]); eine Ausnahme aber ist gemacht bey dem Erwerb für das Peculium[f]), und bey dem juristischer Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter und Bevormundeter durch

c) L. 3 §. 3 D. h. t. (41, 2). Das letztere kommt namentlich so vor, daß der natürliche Besitzer durch die Annahme des animus domini (also ohne eine neue Apprehension) den juristischen Besitz erwirbt; darin besteht das Wesen der s. g. brevi manu traditio, L. 9 §. 5 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 1 D. de publ. act. (6, 2), L. 9 §. 9 D. de reb. cred. (12, 1), L. 62 pr. D. de evict. (21, 2).

d) L. 1 §. 19. 20 D. h. t. (41, 2). Ausnahmen 1) der Wille, für sich selbst zu erwerben, hindert nicht bey dem Erwerb des Filiusfamilias, den durch ihn der Vater vermöge der väterlichen Gewalt macht, L. 15. 40 pr. eod. vgl. L. 1 §. 19 eod.; 2) der Wille, für sich oder für einen Andern zu erwerben, hindert nicht bey dem Erwerb durch irgend einen, auch freien, Repräsentanten, wenn der Tradent den Willen hat, in der Person des Repräsentanten den Dominus zum Besitzer zu machen, L. 13 D. de donat. (39, 5), vgl. Savigny, R. d. B. S. 353 Note 1 über die scheinbar entgegenstehenden L. 37 §. 6 L. 59 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 43 §. 1 D. de furt. (47, 2), L. 2 C. de his qui a non dom. (7, 10). (Abweichend: Bremer, Zeitschrift für Civilr. und Prozeß. N. F. XI [1854] Num. 7. R.)

e) Paul. sent. V. 2, 1. L. 42 §. 1 D. h. t. (41, 2): Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem, quod si sua sponte emerit non nisi ratam habuerit dominus emtionem. L. 24 D. de neg. gest. (3, 5). L. 1 C. h. t. (7, 32): Per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. Kenntniß der individuellen Sache: L. 34 §. 1 D. h. t. Puchta, de dom. rerum per proc. adqu. 1842. — Ueber das besondere Recht des Usucapionsbesitzes s. §. 157.

f) L. 1 §. 5 L. 3 §. 12 L. 4 D. h. t. (41, 2).

ihre Vormünder[g]). Kraft der Möglichkeit, durch Repräsentanten Besitz zu erwerben, kann eine Tradition durch die bloße Erklärung des bisherigen juristischen Besitzers, fortan im Namen des Empfängers besitzen zu wollen, geschehen[h]), diese Tradition hat man constitutum possessorium genannt.

C. Verlust.

§. 131.

Für die natürliche Anschauung hört der Besitz auf, sowie das körperliche Verhältniß gegenwärtiger Gewalt über die Sache wegfällt, oder der Wille nicht mehr auf die Sache gerichtet ist. Anders aber bestimmt es das Recht, da nur durch eine Abweichung von dem natürlichen Standpunkt dem Besitz die Möglichkeit einer Dauer und damit ein selbstständiges rechtliches Interesse gegeben werden kann. Das zwar ist festgehalten, daß der Besitz in der Verbindung jener Elemente besteht, und daher durch die Aufhebung eines von ihnen zerstört wird[a]), aber er wird erst verloren, wenn von dem einen oder dem andern der entgegengesetzte Zustand eingetreten ist[b]). Dieß ist in Beziehung auf das corpus die Unmöglichkeit, sich beliebig in den Zustand factischer Gewalt über die Sache zu versetzen[c]), in Beziehung auf den animus der Wille, nicht zu besitzen[d]). Für den Besitz eines Grundstücks ist das Besondere festgesetzt, daß er zwar, wie der Besitz beweglicher Sachen, ohne den Willen, aber durch fremde Bemächtigung nicht

g) §. 127 Note b. L. 31 §. 3 L. 47 D. de usurp. (41, 3), L. 7 §. 3 D. ad exhib. (10, 4).

h) L. 18 pr. D. h. t. (§. 123 Note b), L. 77 D. de R. V. (6, 1), L. 28. 35 §. 5 C. de donat. (8, 54).

a) L. 3 §. 6 L. 17 §. 1 L. 29. 44 §. 2 D. h. t. (41, 2).

b) L. 153 D. de R. I. (50, 17): Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

c) L. 3 §. 11. 13—17 D. h. t. (41, 2), L. 1 §. 45. 47 D. de vi (43, 16), L. 5 §. 4. 5 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 17 §. 1 L. 18 §. 1 L. 27. 29 D. h. t., L. 12 §. 1 eod.: nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse qui rem vindicavit.

ohne das Wissen des Besitzers oder seines Repräsentanten verloren werden kann[e]).

Wird der Besitz durch einen Repräsentanten ausgeübt, so kann der Besitzer ihn animo verlieren, nicht corpore in seiner Person[f]), dagegen in der Person des Repräsentanten[g]). Dieß geschieht aber nicht durch den bloßen Willen des Repräsentanten, den Besitz aufzugeben[h]), oder ihn selbst zu haben[i]), oder für einen Andern zu besitzen[k]), oder durch eintretende Willensunfähigkeit desselben[l]), oder Endigung des Repräsentationsverhältnisses[m]), wenn nicht in diesen Fällen noch ein anderer Umstand hinzutritt, der dem Besitzer auch den in eigner Person ausgeübten Besitz zu entziehen die Kraft hat.

IV. Wirkungen und Schutz des Besitzes.

A. Allgemeines.

§. 132.

Der Besitz wird als ein Recht behandelt, indem mit ihm ein Rechtsschutz verbunden ist, auf welchen der Besitzer als solcher Anspruch hat. Dieser Rechtsschutz besteht in den possessorischen Interdicten, interdicta quae possessionis causam habent[a]), deren

e) L. 3 §. 7. 8 L. 6 §. 1 L. 7. 25 §. 2 L. 46 D. eod.

f) L. 1 §. 45 D. de vi (43, 16).

g) L. 1 §. 22 eod.: Quod servus vel procurator vel colonus teneat, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deiici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius per quem ego possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium est.

h) L. 3 §. 7. 8 L. 25 §. 1 D. h. t. (41, 2). Eine zum Theil abweichende Ansicht, L. 40 §. 1 L. 44 §. 2 eod., L. 33 §. 4 D. de usurp. (41, 3), ist von Justinian verworfen. L. 12 C. h. t. (7, 32). Wegen der verschiedenen Erklärungen dieser Stellen s. Savigny, R. d. B. §. 33 und Vangerow, Leitfaden I S. 299 ff. (Schirmer, über den Verlust des Besitzes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XI Num. 12. R.)

i) L. 3 §. 18 L. 47 D. h. t. (41, 2), L. 67 pr. D. de furt. (47, 2).

k) L. 32 §. 1 D. h. t.

l) L. 25 §. 1 eod.

m) L. 60 §. 1 D. loc. (19, 2).

a) Vgl. L. 2 §. 2 D. de interd. (43, 1), L. 20 D. de servit. (8, 1). (Der Schutz des Besitzes durch Actionen, mittels deren ein Besitzgeschäft

Zweck theils die Aufrechthaltung eines bestehenden Besitzes, retinenda possessio, theils die Wiederherstellung eines verlorenen, recuperanda possessio, ist[b]). Die possessorischen Interdicte setzen den Besitz mit dem animus domini (oder einen abgeleiteten Besitz §. 125) voraus, aber auch nur diesen, das reine Factum des juristischen Besitzes[c]); nur den Einfluß hat die causa possessionis, daß, wenn zwey Besitzer (ein gegenwärtiger und ein ehemaliger) einander gegenüberstehen, deren einer von dem andern vi oder clam oder precario besitzt, jener nicht gegen diesen in dem Besitz geschützt wird (§. 123. 124)[d]).

Der juristische Besitz hat noch gewisse besondere Wirkungen, um deren willen die Besitzfrage von rechtlichem Interesse ist, 1) daß unter gewissen Voraussetzungen der Besitzerwerb (Occupation, Tradition) eine Form des Eigenthumserwerbs ist[e]), 2) daß

[§. 125 d] rescindirt, also der Besitzverlust animo rückgängig gemacht wird, L. 1 §. 4 D. uti possid. [43, 17], L. 1 §. 1 L. 2 D. de cond. trit. [13, 3], L. 15 §. 1 D. de cond. ind. [13, 6], L. 9 pr. L. 21 pr. D. quod. m. c. [4, 2], L. 2 §. 2 L. 19 §. 2 D. de precario [43, 26] [Bruns, Recht d. Bes. §. 5] gehört nicht in die Besitzlehre, da er keine Verletzung des Besitzwillens voraussetzt. R.)

b) L. 1 §. 4 D. uti possid. (43, 17): — Et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat quod possidemus. Restitutae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem. Retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio aut interdictum, exceptio datur ex multis causis ei qui possidet. Sofern eine Exceptio zwar den Erfolg hat, den Besitzer zu schützen, aber nicht aus dem Grund, weil er Besitzer ist, sondern aus einem andern, z. B. wegen eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, gehört sie nicht zu den possessorischen Rechtsmitteln, so wenig als eine Klage, die zwar den Erfolg, uns einen verlornen Besitz wieder zu verschaffen, aber diesen Besitz nicht zum Grund hat, z. B. die rei vindicatio, actio quod metus causa etc. Dieß übersehen die, welche das Retentionsrecht (§. 94) für eine Wirkung des Besitzes halten.

c) L. 2 D. eod. (§. 122 Note b), L. ult. D. de adqu. poss. (41, 2): Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.

d) L. 1 §. 9 D. uti poss. (43, 17): Quod ait praetor in interdicto: nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi aut clam aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc quod ab eo possidet, vincere. has enim possessiones non debere proficere, palam est.

e) Durch diese Wirkung ist der Besitzerwerb ein juristischer Act, aber

seine Fortsetzung eine gewisse Zeit hindurch zum Eigenthumserwerb (durch Usucapion) führt[f]), 3) daß ihm, wenn er die Eigenschaften eines Usucapionsbesitzes hat, ein besonderer Schutz in der Publiciana in rem actio gegeben ist[g]).

Interdicta retinendae possessionis.

§. 133.

Zwey Interdicte haben die Bestimmung, einen angefochtenen Besitz aufrecht zu erhalten, das eine den Besitz von Grundstücken, interdictum uti possidetis, das andere den Besitz beweglicher Sachen, interdictum utrubi[a]). Die Veranlassung dieser Interdicte besteht in einer Anfechtung des Besitzes, sey diese mit einer körperlichen Störung verbunden (in welchem Fall das Interdict auf Anerkennung des Besitzes, Unterlassung der Störung, und Beseitigung derselben, also Wiederherstellung und Schadenersatz gerichtet ist)[b]), oder bestehe sie bloß in der Bestreitung des Besitzes (in welchem Fall das Interdict auf Anerkennung des Besitzes und Verbot der Störung oder, falls die Sache bey dem Unterliegenden seyn sollte,

---

man kann nicht sagen, daß dadurch der Besitz (als Zustand) ein Rechtsverhältniß ist.

f) Dieß ist eine Wirkung des Besitzes als Zustandes, aber keine reine, theils weil er sie nur in der Verbindung mit gewissen rechtlichen Eigenschaften hat, die ihm selbst einen besondern rechtlichen Charakter geben, theils weil sie nicht allein eine Wirkung des Besitzes, sondern zugleich der Zeit ist.

g) In dieser Wirkung aber tritt der Besitz aus seiner eigentlichen Sphäre heraus und in die des Eigenthums über, ja sie ist so sehr die Wirkung der mit dem Besitz verknüpften rechtlichen Elemente (iustus titulus etc.), nicht eigentlich des Besitzes selbst, daß dieser nicht einmal schlechterdings für sie gefordert wird (§. 173).

a) Dig. XLIII. 17. Cod. VIII. 6: uti possidetis. Dig. XLIII. 31: utrubi. (Vgl. Savigny, R. d. B. §. 37—39. C. Albert, über das int. uti poss. 1824, und die unter Note f citirten Schriften.) Beide Interdicte werden im justinianischen Recht gleich behandelt, im alten Recht hatte das zweite die Eigenthümlichkeit, die Gaius IV. 150 so ausdrückt: Et si quidem de fundo vel aedibus interdicitur, eum potiorem esse Praetor iubet, qui eo tempore quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat, si vero de re mobili, tunc eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possedit —.

b) L. 3 §. 2—4. 9 D. uti poss. (43, 17), L. 8 §. 5 D. si serv. (8, 5).

auf Herausgabe oder Aestimation geht)[c]. Hier dienen die Interdicte vornehmlich als Vorbereitung für den Streit über das Recht (das Petitorium), sofern bey diesem die Parteirolle von dem Besitz abhängt[d]).

Bey diesen Interdicten siegt der gegenwärtige juristische Besitzer[e]), nur nützt niemandem ein Besitz, den er vi, clam oder precario von dem Gegner überkommen hat, exceptio vitiosae possessionis ab adversario (§. 132). Aber sie sind interdicta duplicia, beide Parteien sind als Kläger und Beklagte zu behandeln, daher kann der Kläger in Folge der exceptio vitiosae possessionis zur Herausgabe des Besitzes condemnirt werden, überhaupt der ehemalige Besitzer den ihm vi ꝛc. entzogenen Besitz durch diese Interdicte wieder erlangen[f]). Sie sind indessen auf einen annus utilis

---

c) L. 1 pr. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17). (L. un. C. eod. 8, 6 kann in der That auch darauf bezogen werden; dagegen sind Savigny, R. d. B. S. 489 f. Note 1 und die dort cit. Schriftsteller.)

d) L. 1 §. 2. 3 D. eod.: Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit. fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessorio commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. §. 4 I. de interd. (4, 15).

e) S. auch §. 4 I. cit.: — — ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet (vgl. Note a). Ueber den Beweis des gegenwärtigen Besitzes vgl. Savigny, R. d. B. §. 35 a. E.

f) L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17). Die Durchführung des Princips der Duplicität, welches den entscheidenden Einfluß auf die Stellung und Anwendung dieser Interdicte hat, ist in den letzten Jahren von drey Schriftstellern unabhängig von einander (nur zum Theil mit einigen Abweichungen in den Consequenzen) unternommen worden: Vangerow, Leitfaden I §. 336 (1839), Puchta, Cursus der Inst. II §. 225 (1842), Keller, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI. 9, vgl. Rudorff, ebendaselbst 10 (1842). (Vgl. dagegen: Schmidt, Interdictverfahren S. 113 f. Die recuperatorische Wirkung ist nicht Folge der Duplicität an sich, sondern nur unter gleichzeitiger Voraussetzung einer possessio plurium in solidum und fällt daher mit Verwerfung dieser hinweg. §. 129 a. R.)

beschränkt, und darin liegt zweierley 1) bey der Veranlassung durch eine körperliche Störung verjähren sie in dieser Zeit von der Störung an, 2) die Geltendmachung des vitium possessionis setzt voraus, daß die vis ꝛc. innerhalb dieses Zeitraums von der Anstellung der Klage rückwärts gerechnet vorgefallen ist[g]).

Durch die interdicta retinendae possessionis wird auch die Frage entschieden, wer für die Dauer des Petitoriums den Besitz erhält; dieselbe Frage entsteht aber für den Besitzproceß selbst. Der Bestandtheil des alten Interdictenprocesses, der sich darauf bezog[h]), ist nicht ins justinianische Recht übergegangen, nach der Praxis bestimmt der Richter den provisorischen Besitzstand am Eingang des Possessoriums nach der Wahrscheinlichkeit (namentlich zu Gunsten dessen, der die jüngste Besitzhandlung für sich nachweisen kann)[i]). Man ist sogar so weit gegangen, die provisorische Entscheidung zum Gegenstand eines besondern Rechtsmittels und Processes (possessorium summarium, summariissimum) zu machen[k]).

Interdicta recuperandae possessionis.

§. 134.

Vermöge ihrer Eigenschaft als duplicia iudicia dienen die interdicta retinendae possessionis auch zur Wiedererlangung eines vi, clam oder precario an den Gegner verlorenen Besitzes (§. 133), doch nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner noch besitzt. Es sind aber noch besondere Interdicte auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes gegeben, die von dieser Voraussetzung

---

g) L. 1 pr. eod., (In diesem Satze würde eine unzulässige Verjährung der Exceptionen liegen §. 95. R.) vgl. L. 1 §. 4 D. de interd. (43, 1).

h) Fructus licitatio, Gai. IV. 166 ff.

i) Vgl. W. H. Puchta, über die gerichtl. Klagen §. 61—63.

k) Es kommt ein doppeltes System in Beziehung auf das Verhältniß des possessorium ordinarium und summarium vor: 1) Das poss. ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, das summarium ein bloßes Provisorium in der im Text dargestellten Art; dieß ist als die gemeinrechtliche Gestalt der Sache zu betrachten. 2) Das poss. summarium ist das eigentliche Possessorium, das interdictum retinendae possessionis, aus dem gegenwärtigen (jüngsten) einfachen juristischen Besitz; das poss. ordinarium dagegen setzt einen Titel für den Besitz voraus, und ist also der actio Publiciana analog, d. h. es ist gar kein interdictum retinendae possessionis mehr, sondern eine provisorische Vindication. Diese Gestalt hat man der Sache in Sachsen gegeben.

unabhängig sind, und zwar entschieden wegen eines gewaltsam entzogenen Besitzes, interdictum de vi [a]), und wegen eines precario verwilligten Besitzes, interdictum de precario [b]), ob auch wegen des dritten vitium possessionis, ist ungewiß [c]).

1. Interdictum de vi.

§. 135.

Das interdictum de vi setzt juristischen Besitz eines Grundstücks voraus [a]), den der Kläger durch eine gegen seine oder seines Repräsentanten Person verübte Gewalt [b]) an den Beklagten verloren hat [c]). Der Beklagte ist der Dejicient, habe er die That

---

a) Dig. XLIII. 16: de vi et vi armata. Cod. VIII. 4: unde vi. 5: si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.

b) Dig. XLIII. 26: de precario. Cod. VIII. 9: de precario et Salviano interdicto. (G. E. Schmidt, das Commodatum und Precarium. 1841. Vgl. Schmidt [von Ilmenau] in Richter's Jahrb. 1843. S. 769—793. Bulling, das Precarium. 1846. R.)

c) Daß auch der durch Verheimlichung erworbene Besitz gegen den Verlierenden schutzlos sey, nam de clandestina possessione competere interdictum sagt Julian bey Ulpian, L. 7 §. 5 D. comm. div. (10, 3), wie auch Cic. agrar. III. 3, dieß kann aber sehr wohl von dem interdictum retinendae possessionis verstanden werden.

a) L. 1 §. 23—26 D. de vi (43, 16), L. 1 §. 9. 10 eod. (§. 124 Note e), L. 1 C. si per vim (8, 5). Die Ansicht Thibaut's (Archiv XVIII. 13) u. A., daß bey diesem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für sich. — Die Beschränkung auf Grundstücke wird noch besonders nachdrücklich eingeschärft in L. 1 §. 6 D. de vi (43, 16). Durch L. 7 C. unde vi (8, 4) ist das Interdict nach Savigny, R. d. B. §. 40 auf bewegliche Sachen stillschweigend ausgedehnt. Dieses Gesetz setzt Restitution des Besitzes und Verlust des Eigenthums oder der Aestimation der Sache als Strafe der Selbsthülfe fest. Es setzt ein Rechtsmittel auf Restitution des Besitzes voraus, dieß ist bey unbeweglichen Sachen das interdictum de vi (darum in diesen Titel gestellt), bey beweglichen das interdictum utrubi (nach §. 1 I. de vi bon. rapt. [4, 2] hat es den Anschein, als ob auch die actio vi bonorum raptorum); anders verhält sich die Sache auch nicht nach just. Recht. Dieß geht auch aus der Erwähnung in §. 6 I. de interd. (4, 15) hervor, wo zuerst vom interdictum de vi die Rede ist, dann bemerkt wird, daß überdieß die L. 7 C. cit. Anwendung, endlich auch noch die criminelle Behandlung nach der Lex Iulia de vi privata oder publica Statt finde.

b) L. 1 §. 3. 29 D. de vi (43, 16).

c) L. 1 §. 45. 46 eod. Justinian verordnet L. 11 C. unde vi (8, 4),

selbst oder durch einen Andern vollbracht [d]). Die Klage geht auf Restitution des Besitzes mit Ersatz des vollen Interesse, namentlich auch aller andern Sachen, die dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen sind [e]), sie ist aber auf ein Jahr beschränkt [f]). Die exceptio vitiosae possessionis ab adversario wird gegen dieses Interdict nicht zugelassen [g]).

2. Interdictum de precario.

§. 136.

Precarium ist die Ueberlassung der Ausübung des Eigenthums oder eines andern Rechts auf beliebigen Widerruf [a]). Es fordert ausdrückliche oder stillschweigende Gestattung von der einen, Ausübung in diesem Sinn, also ausdrückliche oder stillschweigende An-

---

auch der soll als gewaltsamer Besitzer belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat, eine ganz willkürliche Bestimmung, da hier zwey wesentliche Voraussetzungen: erlittene Gewalt und Verlust des Besitzes, fehlen. Auf dieser Bahn der Willkür ist das canonische Recht fortgeschritten, indem es das Interdict auch gegen einen dritten Besitzer giebt, wenn dieser nur von der dem früheren Besitzer angethanen Gewalt gewußt hat, c. 18 X. de restit. spoliat. (2, 13). Noch weiter haben deutsche Praktiker gehen wollen, indem sie die Spolienklage des canonischen Rechts (d. h. eben das interdictum de vi) so weit ausdehnen wollten, daß es kaum irgend einen Fall gäbe, worin sie nicht anwendbar wäre. Dieß ist eine in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtende Meinung.

d) L. 1 §. 12—15 L. 3 §. 10—12 D. de vi (43, 16), vgl. Note c. Gegen die Erben eine in factum actio auf das, was an sie gekommen ist, L. 1 §. ult. L. 2. 3 pr. §. 1 eod.

e) L. 1 §. 31—42 L. 6. 15 eod. Die Früchte von der Zeit der Dejection, L. 1 §. 40 eod.

f) Nach Ablauf des Jahres kann noch auf das, was an den Beklagten gekommen ist, geklagt werden, L. 1 pr. 3 §. 12 eod.

g) §. 6 I. de interd. (4, 15).

a) L. 1. 2 §. 9 L. 4 §. 1 D. de precario (43, 26). Nach diesem Begriff würde man seine eigne Sache nicht precario haben können, es wurde aber eine Ausnahme bey dem Faustpfand gemacht, der Pfandgläubiger kann seinen Besitz precario dem Eigenthümer geben, L. 6 §. 4 eod. Ausübung eines ius in re L. 2 §. 3 cit.: Habere precario videtur qui possessionem corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat. Aber auch irgend eine andere Befugniß kann Gegenstand des Precariums seyn, z. B. ut precario in fundo moretur, ut in possessione esset, hier ist der Precarist nicht juristischer Besitzer, L. 6 §. 2 eod., L. 10 D. de adqu. poss. (41, 2).

nahme jener Erlaubniß von der andern Seite; beides wird im Fall einer Bitte, von der die Sache den Namen hat, unzweifelhaft seyn, aber jene wesentlichen Erfordernisse sind auch ohne preces möglich. Das Precarium ist kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine besondere Qualification des Besitzes, den der Precarist hat, durch die Einkleidung des Acts in einen Contract verliert er die Eigenschaft als Precarium [b]). Die precaria possessio ist juristischer Besitz, der Geber verliert ihn; um ihn wieder zu erlangen hat er das interdictum uti possidetis oder utrubi (§. 134), dieß setzt aber voraus, daß er den Widerruf innerhalb eines Jahrs ausübt; um ihn von dieser Beschränkung zu befreien, ist das interdictum de precario eingeführt, welches von der einjährigen Verjährung ausgenommen ist [c]). Beklagter ist, der die Sache precario hat, oder sie so erhalten hat und durch Dolus oder culpa lata nicht mehr hat [d]); auch auf die Erben ist die Klage erstreckt worden [e]). Sie geht auf Restitution und Ersatz des durch Dolus oder culpa lata verursachten Nachtheils [f]).

V. Quasibesitz eines Rechts.

A. Begriff und Umfang.

§. 137.

Besitz einer Sache (corporis possessio) ist die Ausübung des Eigenthums als selbstständiges, gegen das Eigenthum unabhängiges Verhältniß, welches theils bey der Erwerbung des Eigen-

---

b) L. 14. 22 §. 1 D. de precar. (43, 26), L. 15 §. 3 eod.: Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit. Doch behandelte man es später als einen Innominatcontract und ließ dem Geber die Wahl zwischen dem Interdict und der actio praescriptis verbis, L. 1 §. 3 L. 2 §. 2 L. 19 §. 2 eod. (Der Grund ist, weil das Precarium zugleich ein Besitzgeschäft enthält [§. 132 a], auf welches sich die condictio incerti solius possessionis gründet, während das Interdict auf der in der Verweigerung enthaltenen Verletzung des Besitzwillens beruht. R.)

c) L. 8 §. 7 D. eod.: — cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum.

d) L. 2 pr. 4 §. 2 L. 8 §. 6 L. 22 §. 1 eod.

e) L. 8 §. 8 eod., L. 2 C. eod. (8, 9), vgl. L. 12 §. 1 D. eod., L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3), Paul. sent. V. 6, 12.

f) L. 8 §. 4—6 D. de precar. (43, 26).

thums, theils als ein zu schützendes bey dem Streit um das Eigenthum oder auch abgesehen davon zur Sprache kommt. Dasselbe Bedürfniß hat darauf geführt, auch die Ausübung anderer Rechte als ein dem Besitz analoges Rechtsverhältniß, als iuris quasi possessio zu behandeln[a]). Nur bey Rechten, denen ein dauernder Zustand der Ausübung entspricht, ist diese Behandlung möglich, sie setzt aber ferner voraus, daß unser Recht der Ausübung eines Rechts jene Wirkungen zuerkennt, Ersitzung oder Schutz durch possessorische Rechtsmittel, ja nur in dem letzten Fall ist ein dem Besitz vollkommen vergleichbares Verhältniß gegeben. Nach unserem Recht nun ist ein Quasibesitz: die Ausübung der Servituten, des Rechts der Superficies (diese beiden Fälle gehören dem römischen Recht an)[b]), der kirchlichen[c]) und gutsherrlichen Jurisdiction, der Reallasten (Rechte auf fortdauernde Prästationen, wobey das Recht oder die Pflicht oder beides zugleich mit dem Eigenthum oder Besitz eines Grundstücks verknüpft ist: Grundzinse, Zehnten, Frohnden, Bannrechte) — theils nach canonischem Recht, theils nach deutschen Reichsgesetzen und Gewohnheitsrecht[d]).

B. Erwerb und Verlust.

§. 138.

Der Quasibesitz wird erworben durch die wirkliche Ausübung des Rechts, auf welches er sich bezieht. Darin liegt 1) die Vor-

a) L. 20 D. de servit. (8, 1), L. 8 §. 3 D. si serv. (8, 5), L. 2 §. 3 D. de prec. (43, 26), L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32).

b) Savigny, R. d. B. §. 44—47. Gegen die früher gewöhnliche Ansicht, daß der Usufructuar, und gegen die auch neuerdings von Mehreren behauptete, daß der Superficiar juristischer Besitzer der Sache (nicht iuris, sondern corporis possessor) sey, s. daselbst §. 23. L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), s. §. 128 Note b. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI. 7. S. 229—233. (Arndts Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 9 [1847] versucht [mit sehr achtbaren Gründen] einen dritten Fall, die Ausübung der Emphyteusis hinzuzufügen, wodurch auch der Dominus nicht schutzlos gelassen würde. R.)

c) c. 17 X. de rest. spol. (2, 13), c. 9 X. de probat. (2, 19).

d) Vgl. Savigny, R. d. B. §. 29. Roßhirt, Archiv für civ. Pr. VIII. S. 49 ff. (1825). Duncker, die Lehre von den Reallasten (1837) §. 21. 22, Heerwart, zur Lehre von der quasi poss. und den damit verbundenen poss. Rechtsmitteln, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XII. 6. 9 (1839); bey dem letzteren Schriftsteller ist das Princip möglichster Beschränkung des Quasibesitzes vorherrschend.

nahme dessen, wozu das Recht befugt macht, in eigner Person oder durch einen Repräsentanten, bey persönlichen Servituten und Superficies Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache, bey andern positiven Servituten Vornahme der Handlung, Einrichtung der Anstalt[a]), bey negativen Servituten Verbot der Handlung an den dadurch Beschränkten, oder Erklärung desselben, die Handlung unterlassen zu wollen[b]), bey Reallasten Leistung und (bey Bannrechten) Verbot oder Erklärung, unterlassen zu wollen, von Seiten des Verpflichteten; 2) die Vornahme in dem Sinn einer Ausübung des Rechts[c]), beziehungsweise Leistung oder Unterlassung des Verpflichteten im Sinn einer Pflicht[d]). Beide Momente entsprechen dem corpus und dem animus bey dem körperlichen Besitz.

Verloren wird der Besitz eines Rechts nicht schon durch die Nichtausübung an sich[e]), sondern analog dem körperlichen Besitz animo oder corpore in contrarium acto, also 1) durch Aufgeben des Besitzes (animus non possidendi), 2) durch Ausschließung des Besitzers von der Ausübung mittelst eines außer ihm liegenden, von ihm nicht zu überwindenden Hindernisses, bey den Rechten, deren Besitz mit dem Besitz einer andern Sache verknüpft ist, auch durch den Verlust dieses Besitzes.

C. Schutz des Quasibesitzes.

§. 139.

Auf manche Fälle des Quasibesitzes sind die possessorischen Interdicte der corporis possessio anwendbar, für manche sind besondere gegeben.

Für den Besitz persönlicher Servituten gilt das interdictum uti possidetis und utrubi utile[a]), eben so das interdictum de vi

a) L. 20 D. de servit. (8, 1). Analog bey den Jurisdictionsrechten.

b) Savigny, R. d. B. §. 46.

c) L. 7 D. de itin. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque. nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6).

d) Vgl. Puchta in Weiske's Rechtslexikon: Besitz §. 18.

e) Daher bey Reallasten auf Leistung nicht dadurch allein, daß die Leistung (z. B. wegen Unvermögens der Verpflichteten) ausbleibt.

a) L. 4 D. uti possid. (43, 17).

utile (si uti frui prohibitus esse dicetur)[b]); das letztere und auch das interdictum de precario[c]) findet bey dem Besitz der Superficies Anwendung[d]), als interdictum retinendae possessionis dient für diesen das interdictum de superficie[e]).

Bey Realservituten sind die interdicta recuperandae possessionis unanwendbar[f]). Der Besitz derjenigen, die in und mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, ist durch das interdictum uti possidetis geschützt, eine Störung jenes Quasibesitzes ist zugleich eine des körperlichen Besitzes des Grundstücks, wie es jetzt (mit dem Vortheil der ihm zustehenden Servitut) ist[g]). Anders verhält es sich mit den servitutes praediorum

b) L. 3 §. 13—17 L. 9 §. 1 D. de vi (43, 16), L. 60 pr. D. de usufr. (7, 1). (Das directe ist durch den Grund Note f ausgeschlossen. Vgl. Rudorff zu Puchta, Cursus der Inst. II §. 230 g. R.) Von dem interdictum de precario kann nicht die Rede seyn; der Usufructuar kann die Ausübung seines Rechts precario überlassen (L. 12 §. 2 eod.), aber nicht den juristischen Besitz, da er auch nicht das Recht selbst übertragen kann. L. 2 §. 3 D. de precar. (§. 136 Note a) spricht von der Ueberlassung der iuris possessio durch den Besitzer der Sache.

c) Hier steht das Hinderniß der Note b nicht entgegen.

d) L. 1 §. 4. 5 D. de vi (43, 16).

e) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. Es wird übrigens in dieser Hinsicht ganz wie das interdictum uti possidetis behandelt, L. 1 §. 2 eod. Vgl. auch L. 3 §. 7 D. uti possid. (43, 17).

f) L. 4 §. 27 D. de usurp. (41, 3): — nec de via quis id est mero iure detruditur.

g) Vgl. L. 8 §. 5 D. si serv. (8, 5): — — agique sic posse cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere — sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. Puchta, Cursus der Inst. II §. 230. Gegen diese Anwendung des interdictum uti possidetis (die zuerst Savigny §. 46 genauer festgestellt hat) haben sich mehrere neuere Schriftsteller erklärt, z. B. Vangerow, Leitfaden I §. 355. Er beruft sich vornehmlich auf L. 3 §. 5 D. uti poss. (43, 17), aber §. 6 dieser Stelle liefert den entscheidenden Beweis der Anwendbarkeit: — an quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum: Sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est — nur wird im §. 5 die Erfolglosigkeit behauptet, wenn der Gegner mit gleichem Recht interdicirt: Uti nunc possidetis eum locum qui proiecto tegetur. (Das Interdict beschränkt sich jedoch auf positive Servituten, wegen negativer bedarf es der operis novi nunciatio, L. 5 §. 10 D. de O. N. N. [39, 1], §. 396 d. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI S. 348—353.

rusticorum, bey diesen ist zwar das Recht mit dem herrschenden Grundstück verknüpft, aber nicht ihr Besitz mit dem Besitz des letzteren. Eine einfache Uebertragung des interdictum uti possidetis auf ihren Besitz ist aber auch unthunlich, weil eine besondere Bestimmung darüber, wer als gegenwärtiger Besitzer dieser Rechte gelte, die eine unterbrochene Ausübung haben (discontinuae servitutes), nöthig ist. Darum sind besondere Interdicte gegeben für den Besitz 1) der Wegservituten[h]), 2) der Wasserleitungsservituten[i]), 3) der Wasserschöpfservituten[k]). Der Kläger muß die Ausübung der Servitut in dem letzten Jahr von der Anstellung der Klage rückwärts gerechnet nachweisen[l]), bey dem interdictum de aqua aestiva die Ausübung in diesem (bey der Anstellung im letzten) oder dem vorigen Sommer[m]). Bey dem interdictum de aqua und de rivis, de fonte und de fonte reficiendo braucht nur eine einmalige Ausübung nachgewiesen zu werden, dagegen ist bey ihnen bona fides erforderlich[n]), bey dem interdictum de itinere dagegen ist eine mehrmalige nöthig[o]). Die exceptio vitiosae possessionis ist nur statthaft, wenn die Ausübungshandlungen,

---

Das Interdict uti possidetis wegen des Besitzes des herrschenden Grundstücks hätte hier keinen Sinn. R.)

h) Dig. XLIII. 19: de itinere actuque privato. Das interdictum de itinere actuque reficiendo (L. 3 §. 11—16 L. 4. 5 eod.) ist kein possessorisches.

i) Dig. XLIII. 20: de aqua quotidiana et aestiva. Für die Ausbesserung, Dig. XLIII. 21: de rivis.

k) Dig. XLIII. 22: de fonte. Für die Ausbesserung de fonte reficiendo, L. un. §. 6 eod.

l) L. 1 pr. de itin., L. 1 pr. de aqua, L. un. pr. §. 6 de fonte. Zurückgehen auf das vorletzte Jahr durch Restitution im Fall eines äußeren Hindernisses, L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19).

m) L. 1 §. 29—36 L. 6 D. de aqua (43, 20). Eben so ist es bey dem interdictum de rivis, L. 1 §. 9 D. de rivis (43, 21).

n) L. 1 §. 4. 10. 19 D. de aqua (43, 20), vgl. L. 3 §. 7 D. de rivis (43, 21), L. un. §. 3. 11 D. de fonte (43, 22).

o) L. 1 §. 2 D. de itin. (43, 19): — si modo anno usus est, vel modico tempore i. e. non minus quam triginta diebus. — Vgl. L. 1 §. 12 eod.: — supradicto tempore anni. — Man hat neuerdings vergebens versucht, diese „Ausübung an nicht weniger als dreißig Tagen" wegzuinterpretiren, und die Worte so zu verstehen, als hieße es statt diebus: dierum, so Althof, das int. de it. actuque priv. 1836, und nach ihm Vangerow, Leitfaden I §. 355.

durch die der Kläger seine Klage begründet, vi, clam oder precario geschehen sind, nicht wegen einer außerdem vorgekommenen fehlerhaften Ausübung[p]).

Bey den übrigen servitutes praediorum rusticorum, von denen manche heutzutage eine gleiche oder sogar größere Wichtigkeit haben, als jene, hat man gewöhnlich die Anwendbarkeit des interdictum uti possidetis behauptet, irrthümlich[q]), dann auch die der s. g. actio spolii[r]), wodurch keine bestimmten Entscheidungsnormen gewonnen seyn würden. Vielmehr sind jene besonderen Interdicte analog anzuwenden, bey solchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, die Grundsätze vom interdictum de itinere, bey solchen, deren Ausübung nicht ohne eine besondere umständlichere Vorrichtung möglich ist, die von dem interdictum de aqua und den übrigen[s]).

Auch bey den neueren Rechten, auf welche der Quasibesitz ausgedehnt worden ist, muß sich die Anwendung der verschiedenen possessorischen Rechtsmittel darnach bestimmen, ob sie in dem Besitz einer Sache selbst ausgeübt werden oder nicht, im letzten Fall sind sie in jener Hinsicht den Rusticalservituten analog zu behandeln.

---

p) L. 1 §. ult. L. 2. 6 eod., L. 1 §. 20 D. de aqua (43, 20).

q) Nur ist es Angesichts des praktischen Bedürfnisses nicht zuläßig, mit Vangerow a. a. O. bey der einfachen Zurückweisung stehen zu bleiben, ohne etwas anderes an die Stelle zu setzen, und der Praxis durch eine brauchbare Theorie zu Hülfe zu kommen.

r) Savigny, R. d. B. S. 631.

s) Diese Ansicht ist schon in der ersten Ausgabe dieses Lehrbuchs §. 399 ausgesprochen, daher ich nicht sehe, mit welchem Recht mich Vangerow a. a. O. zu den Juristen zählt, die dem interdictum uti possidetis eine Anwendung auf alle Servituten geben, wenn es nicht ein dem Sammler verschiedener Stimmen nicht allzuhoch anzurechnendes Versehen ist.

Fünftes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Dingliche Rechte.

§. 140.

Wie es zwey Classen von Klagen giebt, in personam und in rem (§. 83), so hat man auch die Rechte in zwey Classen bringen wollen, den in rem actiones sollten iura in rem, den dinglichen Klagen dingliche Rechte entsprechen[a]). In diesem Sinn faßt man unter diesem Ausdruck Rechte so ganz verschiedener Natur, die im Grunde nur das mit einander gemein haben, daß sie nicht Obligationen sind, zusammen, daß diesem Begriff alle systematische Brauchbarkeit abgeht. Unter diesen s. g. iura in rem giebt es aber solche, die sich unmittelbar auf eine Sache beziehen, und auf diese hat man von jeher, durch ein richtiges Gefühl, daß mit jenem vagen Begriff nichts gewonnen sey, geleitet, den Ausdruck dingliche Rechte (iura in re) einzuschränken die Neigung gehabt[b]). Die wahre systematische Gestalt der Sache ist folgende.

---

a) S. z. B. Thibaut, Versuche II. 2 (1801) und System des Pandektenrechts §. 61 (7. Ausg.).

b) Man hat sich durch unklare Vorstellungen und in fortwährender Störung durch den sich stets wieder anmeldenden vagen Begriff lange Zeit auf eine bedauerliche Weise mit einer an sich sehr einfachen Sache abgequält, wovon die von Thibaut a. a. O. allegirten Schriften Zeugniß geben. So hat man das Erbrecht (wegen seiner Stellung im Institutionensystem) doch nicht aus den dinglichen Rechten auch in diesem engern Sinn verlieren wollen, und darum die monströse Behauptung aufgestellt, das Vermögen, das der Gegenstand des Erbrechts ist, sey eine Sache; eben so hat der unbestimmte Gedanke einer „unmittelbaren Beziehung auf eine Sache" dazu dienen müssen, den Besitz hereinzuziehen. S. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 229. Kein Wunder, daß neuerdings Manche in einer Art von Verzweiflung die ganze Lehre von den dinglichen Rechten aus dem Rechtssystem weg-

Es giebt Rechte, deren Inhalt die rechtliche Unterwerfung einer Sache ist. Diese bilden eine besondere in ihrem Innern weiter gegliederte, gegen außen fest begränzte Classe von Rechten, die mit dem Ausdruck: Rechte an Sachen zu bezeichnen ist[c]). Diese Rechte an Sachen lassen sich nun auch als die dinglichen Rechte bezeichnen; man gewinnt durch diese Beziehung des letzteren Ausdrucks eine ganz bestimmte Bedeutung für denselben, und er bezeichnet nun wirklich eine eigene Classe von Rechten, die unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen ein systematisches Bedürfniß ist. Jede andere Anwendung des Ausdrucks ist als unnütz und verwirrend zu verwerfen[d]). Welche Rechte aber dingliche oder Rechte an Sachen sind, darüber kann, nachdem dieser Begriff in dem (unmittelbaren) Gegenstand der Rechte sein bestimmtes Merkmal erhalten hat, eigentlich kein Streit mehr seyn. Es sind fünf: Eigenthum, Emphyteusis, Superficies, Pfandrecht, Servituten[e]).

Classification der Rechte an Sachen.

§. 141.

Das gemeinschaftliche aller dinglichen Rechte ist die rechtliche Macht über eine Sache; daraus folgt allerdings, daß sie ihre Richtung nicht gegen eine bestimmte Person haben, und die aus ihnen entspringenden Klagen daher dingliche, nicht persönliche sind, dieß unterscheidet sie indessen nur von den Obligationen, nicht von den übrigen Rechten. Jene Macht über die Sache aber, die das dingliche Recht gewährt, läßt sich als eine totale und als eine partielle denken. Die erste ist das Eigenthum, rerum dominium, dominium im vorzüglichen Sinn[a]). Die zweite ist die auf eine

---

zuschneiden riethen (so z. B. Sintenis, Pfandrecht §. 1), indem sie zuträglicher fanden, dieses zu verkrüppeln, als ein, wie sie glaubten, unheilbar krankes Glied daran zu lassen.

c) Den lateinischen Ausdruck iura in re thut man wohl nicht in diesem allgemeinen Sinn, sondern (dem römischen Gebrauch von ius gemäß) bloß für die Rechte an Sachen außer dem Eigenthum: die iura in re aliena zu gebrauchen.

d) Puchta, kritische Bemerkungen zu G. A. W. Duroi's Abhandlung, actio in rem und ius in re, Rhein. Museum für Jurisprudenz I S. 286 ff. (1827).

e) Puchta, Cursus d. Inst. II §. 243.

a) Dominium bedeutet an sich die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen Gegenstand, in diesem Sinn ist das Eigenthum dominium über eine

gewisse Seite oder Eigenschaft der Sache beschränkte Macht; sie läßt neben sich ein fremdes Eigenthum zu, sie ist ein Recht an einer fremden Sache, ius in re aliena [b]), und stellt sich insofern als eine Beschränkung des Eigenthums dar. Es ist aber entweder die (ganze oder theilweise) Benutzung der Sache, welche den Inhalt des ius in re bildet, theils für ein bestimmtes Subject, bey der servitus, theils ohne diese Beschränkung, bey der superficies und emphyteusis, oder ihr Verkaufswerth, bey dem pignus. Da das Eigenthum die volle Macht über die Sache, die Totalität aller dinglichen Rechte ist, so ist jedes ius in re zu denken als gebildet aus Elementen des Eigenthums, die von diesem abgesondert, einem Nichteigenthümer gegeben, und eben dadurch zu besondern Rechten gestaltet sind [b*]), während sie mit dem Eigenthum vereinigt zu dem ununterschiedenen Inhalt des Eigenthums gehören, also bey dem Eigenthümer nicht den Charakter eines besonderen Rechts haben [c]). Auch setzt die Entstehung solcher Rechte ein fremdes Eigenthum voraus, obwohl sie einmal entstanden nicht dadurch untergehen, daß die Sache aufhört, einen Eigenthümer zu haben. Aber die iura in re sind auf der andern Seite zugleich als Surrogate des Eigenthums aufzufassen, und üben dadurch mit dem beschränkenden zugleich einen conservativen Einfluß auf dasselbe aus, indem sie die Veranlassungen seines Aufgebens

---

Sache, das Recht des Nießbrauchs dominium ususfructus, L. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6), der Erbe hereditatis dominus, L. 48 pr. D. de her. inst. (28, 5). Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 231 Note a.

b) Vgl. L. 30 D. de nox. act. (9, 4), L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): — sive domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

b*) (Daher steht im Collisionsfalle das jüngere ius in re dem ältern nach. Vgl. Götting: Kann derjenige, welcher ein Pfandrecht gegeben hat, nachher an demselben Objecte noch Servituten bestellen und mit welcher Wirkung? [Annalen des Advocaten-Vereins zu Hannover. 1846. S. 65—76] und unten §. 209. 210. R.)

c) Gegen das Mißverständniß dieser Absonderung, als sey damit dem Eigenthümer nothwendig dieselbe Befugniß, die vermöge des ius in re einem Andern zusteht, ganz entzogen (vgl. z. B. Vangerow, Leitfaden I S. 734), s. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 243 Note b, v. Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 7, 1. (Gegen die Beschränkung dieser Absonderung auf Servituten im Gegensatz zur Emphyteuse s. Büchel, Erört. 2. Aufl. I S. 314. 471, vgl. Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. III. 7 [1846]. R.)

vermindern[d]). Von dieser Seite betrachtet stehen dem Eigenthum durch ihren Inhalt am nächsten Superficies und Emphyteusis (die man früher darum irrthümlich für Arten des Eigenthums selbst gehalten hat), ihnen schließt sich zunächst das Pfandrecht an, am entferntesten dem Eigenthum stehen die Servituten. Dieß giebt sich auch in der Klage zu erkennen, die bey jenen drey Rechten, wie bey dem Eigenthum, eine Vindication der Sache selbst, actio in rem corporalem, bey den Servituten eine actio in rem incorporalem, eine vindicatio servitutis, petitio iuris ist[e]). Auch in andern Beziehungen als in dieser des unmittelbaren Schutzes durch die in rem actio sind die iura in re mehrfach dem Eigenthum gleichgestellt[f]).

Die iura in re, obwohl aus dem Eigenthum abgeleitet, sind von der Dauer desselben unabhängig; sind sie einmal rechtsgültig entstanden, so ist es für ihre Existenz gleichgültig, ob der damalige Eigenthümer das Eigenthum behält, oder ein Anderer irgendwie (durch Succession oder nicht) es erworben hat. Dieß erleidet eine Modification in gewissen Fällen eines revocabeln Rechts, vermöge dessen iura in re bestellt worden sind.

Revocabilität dinglicher Rechte*).

§. 142.

Revocable Rechte sind solche, deren (an sich und ihrer Natur nach unbeschränkte) Dauer von einer Bedingung abhängig, oder durch eine Zeitbestimmung eingeschränkt ist. Die Revocabilität giebt dem Recht, so lange es besteht, keine andere Natur und Wirkung; bevor der aufhebende Umstand eintritt, besteht das revocable Recht so völlig, wie das irrevocable[a]). Die Wirkung aber jener beiden Endigungsgründe ist sehr verschieden.

---

d) Puchta, Cursus der Inst. II §. 243.

e) In einer andern Hinsicht unterscheidet sich das Pfandrecht von allen andern dinglichen Rechten dadurch, daß es seinen Zweck nicht in sich und daher kein selbstständiges Daseyn hat, sondern nur als Anhang eines andern Rechts, einer Forderung, die dadurch gesichert werden soll, denkbar ist.

f) Vgl. darüber Ihering, Abhandlungen aus dem R. R. 1844. 2. Abh. S. 121 ff.

*) Vgl. Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XX. 2. (1844).

a) L. 66 D. de R. V. (6, 1): Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio

Ist es eine Bedingung, deren Eintritt das Recht aufhebt (sey es, daß das Recht mit einer Resolutivbedingung erworben, oder unter einer Suspensivbedingung übertragen ist, die für das Recht des Uebertragenden eine resolutive Wirkung hat), so geschieht die Aufhebung 1) ipso iure mit der Existenz der Bedingung, so daß das Recht unmittelbar und von selbst an den fällt oder zurückfällt, dem es für diesen Fall bestimmt ist[b]), und 2) nach der Natur der Bedingung (§. 61) rückwärts (resolvitur ex *tunc*), das Recht wird von der Zeit der Festsetzung der Bedingung an als aufgehoben

legati vel libertatis exstiterit. L. 4 §. 3. 4 D. de in diem add. (18, 2): Sed et Marcellus lib. V. digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere si emtor eum fundum pignori dedisset. ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. — — Fundo autem in diem addicto et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur —. L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54): Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

b) L. 41 pr. D. de R. V. (6, 1): Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. L. 4 C. de pact. inter emt. (4, 54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. L. 8 D. de lege comm. (18, 3), L. 2 §. 5 D. de donat. (39, 5), L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7). Wegen L. 3 C. de pact. inter emt. (s. Note a a. E.) glaubte man früher unterscheiden zu müssen, ob s. g. verba directa oder indirecta gebraucht seyen, s. die bey Glück, Commentar XVI S. 296 f. Note 21. 22 cit. Schriftsteller. Aber die Stelle ist von der Zeit der Unentschiedenheit der Bedingung zu verstehen, Thibaut, civil. Abhandl. (1814) S. 377. Angesichts jener in der That unzweideutigen Stellen, deren Inhalt überdieß mit der Natur der Bedingung vollkommen übereinstimmt, hat G. Riesser, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. II. 1. 8 (1829) behauptet, die Resolutivbedingung hebe das Recht überall nicht auf, gebe also dem Rückerwerber keine Vindication, sondern nur eine persönliche Klage, und dieß auf Stellen hin, die wie L. 6 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 4 §. 4 L. 16 D. de in diem add. (18, 2), L. 4 pr. 5 D. de lege comm. (18, 3) von der Zulässigkeit der persönlichen Klage neben der Vindication sprechen, und L. 19 D. de usurp. (41, 3), welche die Analogie der Redhibition für eine ganz andere Frage herbeizieht. Gegen Riesser haben geschrieben Thibaut, Archiv für civ. Pr. XVI. 14 (1832), Müller, civil. Abhandl. 7 (1833).

behandelt, und dieß hat für die von dem Berechtigten pendente conditione ertheilten Rechte die Folge, daß sie als nicht gegeben gelten, die Revocabilität erstreckt sich auch hier auf sie: resoluto (ex tunc) iure dantis resolvitur ius accipientis[c]).

In beiderley Hinsicht ist die Wirkung des Endtermins eine andere[d]), und zwar stets und ohne Ausnahme in Beziehung auf den zweiten (resolvitur ex *nunc*), regelmäßig auch in Beziehung auf den ersten Punkt, so daß der Eintritt des Termins dem Rückerwerber nur eine Forderung giebt (§. 62), doch tritt eine Aufhebung ipso iure als Folge eines Endtermins ein 1) bey gewissen iura in re[e]), 2) bey dem Eigenthum des Ehemanns an den Dotalsachen, die bey der Auflösung der Ehe noch vorhanden sind[f]), sofern die Frau von diesem Vortheil (also von der Vindication derselben, statt der Forderung mit der Dotalklage) Gebrauch machen will[g]).

c) L. 4 §. 3 D. de in diem add. (s. Note a), L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6): Heres cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguentur, si legati conditio exsistat. Videamus an adquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. L. 105 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 3 D. quib. mod. pignus (20, 6): Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Wegen der letzten Worte hat man geglaubt eine Ausnahme zugeben zu müssen, die man bald allgemeiner, bald specieller gefaßt hat (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 267 Note 7 und die dort Citirten). Aber der Jurist macht keine Ausnahme, sondern giebt einen Fall, wo die Bedingung nicht mehr eintritt, weil der Käufer durch die Verpfändung, wenn er ehrlich gehandelt hat, auf die Bedingung verzichtet haben muß. — Ganz anders, wenn die Auflösung des Geschäfts nicht durch eine Bedingung erfolgt, s. L. 4 pr. D. eod., L. 21 §. 1 L. 43 §. 8 D. de aedil. ed. (21, 1). Keine Entscheidung über die vorliegende Frage enthält L. 6 D. de resc. vend. (18, 5): Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum datur.

d) Mit Unrecht wird dieser Fall mit dem der Bedingung zusammengeworfen, z. B. von Mühlenbruch, Lehrb. §. 267, der dafür nur das Gesetz Note g, offenbar eine Singularität, anführt.

e) S. §. 62 Note g.

f) Exstantes res: si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae, L. 6 in f. C. de sec. nupt. (5, 9).

g) L. 30 C. de iure dot. (5, 12): In rebus dotalibus sive mobilibus

Diese Grundsätze gelten von dem Eigenthume, sie sind aber auch anwendbar bey den iura in re, welche dem Berechtigten die Befugniß einer gänzlichen oder partiellen Veräußerung, also der Bestellung von dinglichen Rechten gewähren. Auch solche dingliche Rechte sind von der Fortdauer des Rechts, vermöge dessen sie ertheilt sind, in der Person des Ertheilers unabhängig, wenn es nicht durch eine Resolutivbedingung revocabel ist. Etwas anderes ist es (obwohl man es auch unter den Grundsatz: resoluto iure dantis etc. gestellt hat), daß die Dauer der ertheilten Rechte von der objectiven Existenz des Rechts, aus dem sie sich ableiten, abhängt[h]).

Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

§. 143.

Für die Aufhebung der dinglichen Rechte giebt es Gründe, die aus ihrer gemeinsamen Natur als rechtliche Unterwerfungen von Sachen folgen, und daher für alle gelten. Diese Rechte gehen unter mit dem Untergang der Sache, oder auch dadurch, daß sie dem rechtlichen Verkehr entzogen, also sacra, religiosa, publica wird (§. 35)[a]), ferner dadurch, daß sie in die Gewalt der Feinde kommt, nur daß bey gewissen Sachen mit ihrer Zurückbringung aus dieser

---

sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam (iubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur — — (Iustinian. 529). Ganz geleugnet hat den Rückfall ipso iure, und das Gesetz lediglich auf das Pfandrecht der Ehefrau beziehen wollen v. Löhr, Magazin IV S. 72 ff. (1820).

h) L. 31 D. de pignor. (20, 1), L. 15 D. qui pot. (20, 4), L. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6): Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit.

a) Ein solcher Fall ist, wenn durch den veränderten Lauf eines öffentlichen Flusses ein Grundstück Bette desselben wird, L. 7 §. 5. 6 D. de adqu. dom. (41, 1).

Gewalt vermöge des ius postliminii die früheren Rechte wieder aufwachen[b]); die Rechte an einem wilden Thiere dauern nur so lange, als seine natürliche Freiheit, sey es durch eine äußere Anstalt oder durch Zähmung, außer Wirkung gesetzt ist[c]). Eine singuläre Vorschrift ist es, daß die Veräußerung einer Sache durch den Fiscus, ebenso durch den Regenten oder seine Gemahlin, den Empfänger gegen alle bisher an dieser Sache bestehenden Rechte sicher stellen, also diese aufheben soll; die Berechtigten haben ihre Entschädigung von dem Veräußernden innerhalb vier Jahren zu suchen[d]).

Dagegen giebt es für die Entstehung der dinglichen Rechte keine Regeln, die auf der einen Seite ihnen eigenthümlich wären (also nicht mit den allgemeinen Grundsätzen für den Erwerb aller Rechte zusammenfielen), auf der andern aber auch für alle dinglichen Rechte gälten (also nicht auf einzelne Arten derselben sich beschränkten). Es war ein Irrthum, wenn man früher als ein solches gemeinschaftliches Princip den Satz aufstellte, es gehöre zur Erwerbung eines dinglichen Rechts zweierley: ein vorausgehender titulus, und ein darauf folgender modus adquirendi. Länger als diese Theorie, die jetzt längst abgekommen ist[e]), haben sich einzelne Consequenzen derselben erhalten.

---

b) Dig. XLIX. 15. Cod. VIII. 51. Nach römischem Recht haben das Postliminium: Grundstücke, Sclaven, Pferde und Maulthiere, die im Kriege gebraucht werden, und Schiffe unter derselben Voraussetzung. Heutzutage ist dieses Recht für Kriegsmaterial überhaupt in Anspruch zu nehmen. Einen hierher einschlagenden Rechtsfall s. in Hassenpflug's kleinen Schriften I. 10 (1845).

c) L. 3 §. 2 L. 4. 5 pr. §. 2—6 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 2. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37), §. ult. I. de usuc. (2, 6), L. 3 C. si adv. fisc. (2, 37). Damit scheint, zwar nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt (denn damals galt jenes Recht noch nicht), aber als Theil der justinianischen Legislation, in Widerspruch zu stehen L. 5 pr. D. de iure fisci (49, 14): Si procurator Caesaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum vel triplum pro evictione promiserit, tamen fiscus simplum praestabit. Aber die Stelle ist von vorschriftswidriger Veräußerung einer Sache des Fiscus zu verstehen, s. §. 1 derselben Stelle und vgl. L. 1 §. 1 D. de off. proc. caes. (1, 19). (Die heutige Lehre vom Nothrecht des Staats und der Expropriation ist keine civilistische. Vgl. Burckhardt, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VI. 7 [1849]. R.)

e) Hugo, vollständige Darstellung der Lehre vom (iustus) titulus und s. g. modus adquirendi, civ. Magazin IV. 6 (1812). Schon 1790 hatte Hugo die damals gewöhnliche Lehre angegriffen.

Zweites Kapitel.

Das Eigenthum.

I. Inhalt des Eigenthums.

§. 144.

Das Eigenthum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand. Ein Eigenthum Mehrerer an derselben ganzen Sache ist nicht möglich, wohl aber an ideellen Theilen (§. 37), Miteigenthum, condominium[a]); auch an körperlichen Theilen, d. h. die körperliche Verbindung der Sache mit einer andern steht dem Eigenthum nicht entgegen, wenn die Verbindung ihre Selbstständigkeit nicht vollkommen aufhebt, also nicht eine integrirende ist (§. 164). Die volle Ausübung des Eigenthums ist die totale factische Unterwerfung der Sache, also der Besitz.

Beschränkungen des Inhalts.

§. 145.

Als die Totalität aller dinglichen Rechte enthält das Eigenthum an sich die ausschließliche Befugniß zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Verfügung über sie. Es ist aber eine Beschränkung (und zwar des Eigenthums selbst, nicht bloß des Eigenthümers) möglich, sie besteht in der Herausnahme von Befugnissen, die an sich im Eigenthum liegen. Wie diese Befugnisse, sind auch die Beschränkungen doppelter Art, sie bestehen entweder darin, daß der Eigenthümer etwas unterlasse, was er vermöge des Eigenthums sonst vorzunehmen, oder daß er etwas dulde, was er sonst zu verhindern berechtigt wäre. Beschränkungen der ersten Art sind die Veräußerungsverbote[a]), die aber Beschränkungen des Eigenthums

a) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6), L. 5 D. de stip. serv. (45, 3). — L. 28 D. comm. div. (10, 3): Sabinus in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse, in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat —. Ausnahme hinsichtlich der Reparatur von Gebäuden §. 152.

a) Inst. II. 8: quibus alienare licet vel non. Cod. IV. 51: de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. Ueber den Umfang des Veräußerungsverbots, L. 7 C. eod.: Sancimus sive

selbst nur dann sind, wenn ihre Wirkung Nichtigkeit der Veräußerung ist. Dieß ist der Fall bey den gesetzlichen Veräußerungsverboten[b]); die Wirksamkeit eines Privatverbots (durch Testament oder Vertrag) beruht auf dem Recht einer Person, es geltend zu machen, dieses Recht kann Vindication der Sache seyn (gewährt durch die Gestaltung des Verbots zu einem Vermächtniß oder einer Resolutivbedingung), dann ist die Veräußerung nichtig, außerdem kann sie nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, nach Verschiedenheit der Fälle auf Rückgabe[c]), oder auf das Interesse, wenn ein solches nachweisbar ist[d]), oder auf die verabredete Strafe bewirken[e]).

---

lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.

b) Res litigiosae (§. 96 Note h), fundus dotalis, Gegenstände eines Vermächtnisses. (Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts [1848] Num. 2—5. Zimmermann, Archiv für civ. Pr. [1852] XXXV. 13. R.) Streitfrage: ob der gegen Verbot veräußernde Eigenthümer selbst vindiciren könne? S. z. B. Lauck, Zeitschr. für Civilr. V. 1 S. 9, Brandis, ebendas. VII. 4 S. 183 ff., vgl. L. 17 D. de evict. (21, 2) und L. 1 §. 5 D. de exc. rei vend. (21, 3). — Richterliche Verbote, sofern sie rechtsgültig sind, sind zu den gesetzlichen zu rechnen.

c) L. 3 C. de cond. ob causam dat. (4, 6): Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

d) L. 135 §. 3 D. de V. O. (45, 1), L. 75 D. de contr. emt. (18, 1), L. 21 §. 5 D. de A. E. V. (19, 1), L. ult. C. de pact. inter emt. (4, 54), L. 61 D. de pact. (2, 14): Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet. Vgl. L. 11 D. de relig. (11, 7).

e) Eine Stelle giebt nach der Lesart der bekannten Handschriften in einem Fall dem einfachen vertragsmäßigen Verbot die Wirkung der Nichtigkeit, L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (20, 5): Quaeritur si pactum sit a *creditore*, ne liceat *debitori* hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse *venditionem*, ut *pactioni* stetur. Accursius führt Handschriften an, welche den Schluß so haben: nullam esse pactionem (oder con-

Unter beide Classen von Beschränkungen fallen die iura in re, ferner die gesetzlichen Beschränkungen, denen das Eigenthum, vornehmlich das Grundeigenthum, aus politischen Gründen unterworfen worden ist (s. g. Legalservituten). Viele dieser Bestimmungen sind antiquirt[f], manche der noch anwendbaren werden in einem andern Zusammenhang vorkommen, so die den Wasserlauf (aquae pluviae arcendae actio), die Bäume an den Gränzen und ihre Früchte (interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda), die Reparatur von Gebäuden (§. 144 Note a, cautio damni infecti), die Trennung der in Gebäude und Weinberge verbrauchten Materialien (§. 169) betreffenden. Es bleiben noch übrig: die Pflicht, den nöthigen Platz zu öffentlichen Wegen gegen Entschädigung herzugeben[g], eine Wegservitut gegen einen Preis dem, der außerdem nicht auf sein Grundstück gelangen kann, zu gewähren (s. g. Nothweg)[h], Duldung der Ausbauchung einer Zwischenmauer, wenn sie unter einem halben Fuß beträgt[i], Duldung des Nachgrabens nach (erst zu entdeckenden) Mineralien (nicht nach Schätzen), wo der Grundeigenthümer nicht dadurch beschädigt wird, gegen Abgabe von zehn Procent des Gewinns[k], Verbot, den Luftzug zu

---

ventionem), ut venditioni stetur, wonach auch am Anfang die Parteien versetzt werden müßten: a debitore, ne liceat creditori. Daß dieses die allein haltbare Lesart ist und somit die Stelle gar nicht hierher gehört, darüber s. Puchta, Veräußerung gegen Vertrag, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 6 (1844). (Bachofen [das vertragsmäßige Veräußerungsverbot], ausgew. Lehren 1848 Num. 6. R.)

f) Vgl. die auch auf diese sich erstreckende Uebersicht in Puchta, Cursus der Inst. II §. 231. (Der neueste Versuch über einzelne Theile des geltenden Nachbarrechts ist: Reinhard, über das Recht des Eigenthümers, gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Archiv für civ. Praxis XXX. Num. 8 [1847]. R.)

g) L. 14 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6). Ob daraus die heutige Gültigkeit auch des Zwölftafelgesetzes von der Ausbesserungspflicht der Nachbarn folge, wie Huschke (Zeitschrift für gesch. Rechtswissensch. XII. 11) will, ist zu bezweifeln.

h) Die Praxis hat dieß angenommen, nach der allerdings nicht vollkommen zutreffenden Analogie der L. 12 pr. D. de relig. (11, 7), die den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmal zu überlassen gebietet.

i) L. 17 pr. D. si servit. (8, 5).

k) L. 3. 6 C. de metallar. (11, 6), vgl. L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4).

des Nachbars Dresch- und Worfeltenne zu verbauen[l]). Man darf diese Beschränkungen nicht nach subjectiver Billigkeit ausdehnen[m]).

II. Form des Eigenthums.

§. 146.

Die reine Gestaltung des Eigenthums ist die als das Privatrecht, welches die vollkommene Herrschaft über eine Sache gewährt. Eine unvollkommene Ausbildung des Rechtsbewußtseyns hat Verhältnisse des öffentlichen Rechts, so das Recht des Staats an dem Territorium, worauf er ruht, hereingezogen, und dieses als Eigenthum behandelt, dadurch ist die Lehre von einem Obereigenthum, dominium eminens, des Staats neben dem eigentlichen Eigenthum entstanden. Zu einer ähnlichen Theilung des Eigenthums (dominium divisum) hat das Lehensverhältniß geführt, indem das Recht des Lehnsherrn als ein Obereigenthum (dominium directum), das des Vasallen als Nutzeigenthum (dominium utile) aufgefaßt worden ist, und eine gleiche Gestalt hat man manchen bäuerlichen Gutsverhältnissen gegeben.

Dieser Gedanke, ein Privatrecht an der Sache über das Eigenthum zu stellen, widerspricht dem strengen Begriff dieses Rechtsverhältnisses, und hat zuletzt seine Quelle in der Privatisirung öffentlicher Rechtszustände. Dem römischen Recht ist diese Anomalie unbekannt, nach ihm und der Consequenz des Eigenthumsbegriffs müßte das Recht des Lehens-, des Gutsherrn rc. entweder als ein Recht anderer Art behandelt werden, oder wenn als Eigenthum, so müßte das Recht des Vasallen rc. ein bloßes ius in re seyn.

Ein Anderes ist, daß neben dem eigentlichen, formell anerkannten Eigenthum, das nur Eines ist und nicht Mehreren an derselben ganzen Sache zustehen kann, ein dem Effect nach dem Eigenthum gleichbehandeltes Rechtsverhältniß denkbar ist, das möglicherweise einem Andern als dem rechten Eigenthümer zusteht. Diese Bewandniß hat es mit dem Gegensatz von quiritischem und boni-

---

l) L. 14 §. 1 C. de servit. (3, 34).

m) Vgl. L. 9 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. L. 24 §. 12 L. 26 D. de damno inf. (39, 2), L. 21 D. de aqua, et aquae pluv. (39, 3) und §. 80 Note a.

tarischem Eigenthum, und von wahrem Eigenthum und bonae fidei possessio (s. g. prätorischem Eigenthum). Der erste Gegensatz ist schon im justinianischen Recht aufgehoben[a]), der zweite besteht auch noch im heutigen Recht (§. 173)[b]).

III. Erwerbung des Eigenthums[a]).

§. 147.

Zwey Momente sind es, durch welche ein praktisch wichtiger Unterschied unter den verschiedenen Eigenthumserwerbsarten begründet wird. Das eine ist ihr Verhältniß zu der Unterscheidung von derivativen und originären Erwerbungen (§. 47). Die derivativen Eigenthumserwerbsarten enthalten eine Succession, die entweder Singular- oder Universalsuccession ist. Das andere bezieht sich auf den Act der Erwerbung; bey manchen Erwerbsarten besteht dieser in der Erwerbung des Besitzes der Sache, so daß mit der factischen Gewalt (unter gewissen Voraussetzungen) auch die rechtliche entsteht, während andere zwar den Besitz voraussetzen, die wirkliche Erwerbung aber erst durch einen andern Umstand erfolgt, noch andere endlich von dem Besitz ganz unabhängig sind.

A. Derivativer Erwerb.

1. Durch Besitzerwerb.

a. Tradition.

§. 148.

Die Uebertragung des Eigenthums unter Lebenden kann nicht durch eine einfache Willenserklärung des Gebers und Erwerbers geschehen, sie fordert den hinzukommenden Act der Tradition[a]). Nur in einem Fall ist wegen der Schwierigkeit der Ausführung eine Abweichung angenommen worden, für den Uebergang des Miteigenthums bey einer societas omnium bonorum[b]). Uebrigens

---

a) Cod. VII. 25: de nudo iure quiritium tollendo.

b) Ueber die Gleichstellung von Eigenthum und b. f. possessio vgl. Ihering, Abhandl. aus dem R. R. 1844. 2. Abh. S. 91 ff.

a) Inst. II. 1: de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio. Dig. XLI. 1: de adquirendo rerum dominio.

a) L. 20 C. de pact. (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 15 C. de R. V. (3, 32).

b) L. 1 §. 1 L. 2 D. pro soc. (17, 2): In societate omnium bonorum

ist auch abgesehen davon der Act einer eigentlichen Tradition nicht unerläßlich, das Wesentliche ist, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere[c]).

Immer ist die Tradition nur der äußere Act, der zu dem innern Grund des Eigenthums hinzukommt, und ohne diesen der Wirkung der Eigenthumsübertragung entbehren würde. Diese Voraussetzung der Tradition läßt sich in drey Punkte auflösen: 1) Fähigkeit des Empfängers, Eigenthum zu erwerben, 2) Fähigkeit des Tradenten, Eigenthum zu übertragen[d]), 3) übereinstimmender Wille beider, Eigenthum zu geben und zu nehmen, iusta causa traditionis[e]).

Das Rechtsgeschäft, welches diese iusta causa bildet, muß 1) jenen übereinstimmenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen enthalten, dieser Wille kann ein bedingter, und dadurch die Eigenthumswirkung der Tradition suspendirt seyn[f]), ja in einem Fall

---

omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicantur (Paul.), quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire (Gaius). Dürfte man mit Savigny, R. d. B. S. 374 ein Constitutum possessorium annehmen, so würde die Ausnahme verschwinden. Noch einen Fall eines transitus legalis, wie man den Uebergang ohne Tradition genannt hat, hat man von Alters her in L. 23 §. 1 C. de ss. eccl. (1, 2) zu Gunsten der Kirchen finden wollen, von neuem vertheidigt von Thibaut, Archiv für civ. Praxis XX. 1 (1837), vgl. dagegen unter Andern Vangerow, Leitfaden I §. 311.

c) L. 21 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. L. 46. 47 D. de R. V. (6, 1).

d) L. 20 pr. §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit — —. L. 9 §. 4 eod.: Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis —. L 46 eod., L. 17 D. de cur. fur. (27, 10). Vgl. §. 145.

e) L. 31 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. L. 55 D. de O. et A. (44, 7). Materiell sind die causae von dreifacher Art: Schenkung, Begründung einer Obligatio, Erfüllung einer solchen, vgl. L. 65 in f. D. ad S. C. Trebell. (36, 1), v. Meyerfeld, von den Schenkungen §. 5.

f) Man nennt diese Suspension pactum reservati dominii. Ganz ungegründet sind die Zweifel, die man gegen die Möglichkeit desselben erhoben hat, z. B. wegen L. 80 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1): Nemo potest videri

tritt eine Suspension schon nach Rechtsvorschrift ein[g]); bloß jener Wille ist für die Wirkung der Tradition das Wesentliche, nicht der übrige Inhalt des Rechtsgeschäfts: die Unhaltbarkeit des Motivs hat keinen Einfluß, wenn nur jener Wille wirklich bestand[h]). 2) Der Wille muß auf die tradirte Sache gerichtet seyn[i]). 3) Der Tra-

---

eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus, und was im Grunde dasselbe ist, gegen seine Eigenschaft als Suspensivbedingung (denn es läßt sich nur als solche denken). Vgl. die ausführliche Erörterung des Pactums von Duncker, Rhein. Museum V. 4 (1833).

g) L. 19 D. de contr. emt. (18, 1): Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. L. 53 eod., §. 41 I. de rer. div. (2, 1).

h) L. 5 §. 1 D. de cond. sine causa (12, 7), L. 55 D. de O. et A. (44, 7). Diese Regel spricht auch aus L. 36 D. de adqu. dom. (41, 1): Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (Iulian.). Eine Ausnahme davon, oder eine Modification des Satzes behauptet Ulpian in L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti. Der Versuch sonstiger Vereinigung dieser Stellen ist unzähligemale wiederholt worden (v. Scheurl, Beitr. 1852 No. 8 S. 191. R.)

i) L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4). Von einem error in corpore (vgl. §. 65) will man auch verstehen L. 35 D. de adqu. dom. (41, 1): Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Savigny, System III S. 355. Aber der Grund der Entscheidung ist vielmehr, daß der Tradent gar nicht den Willen hatte (sein Eigenthum) zu veräußern. Und damit steht auch nicht im Widerspruch L. 49 D. mand. (17, 1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is cui heres exstiterit, eum emisset; de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto,

dent muß an den Empfänger veräußern, dieser von jenem erwerben wollen. Daß der Tradent ein bestimmtes, ihm bekanntes Individuum zum Eigenthümer machen wolle, ist nicht nöthig[k]), daher durch Tradition an den Procurator der Mandant Eigenthümer werden kann, wenn gleich der Tradent diesen nicht gekannt hat[l]); es ist genug, wenn der Tradent nicht den entgegengesetzten Willen hatte, und der Repräsentant für den Andern erwerben wollte. Aber auch der Mangel dieses letzten Erfordernisses verhindert nicht immer den Erwerb (§. 130 Note d, und §. 149).

§. 149.

In einigen Fällen erwirbt jemand durch Tradition einem Andern, ohne sein Stellvertreter seyn zu wollen. Solche Fälle unfreiwilliger Repräsentation sind folgende: 1) Wenn Vormünder mit

---

Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem (l. venditorem) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. (Vgl. über diese oft mißverstandene Stelle v. Scheurl a. a. O. S. 197. R.)

k) Eine Tradition an eine incerta persona ist der s. g. iactus missilium (in welchem L. 5 §. 1 D. pro derel. (41, 7) nur das Moment der Dereliction auffaßt), L. 9 §. 7 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 46 I. de rer. div. (2, 1).

l) Puchta, de dom. rerum per proc. adquirendo 1842. (Kleine civilist. Schriften 1851 No. XXXII. R.) Nicht entgegensteht L. 13 D. de adqu. dom. (41, 1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus. Ebensowenig L. 20 §. 2 eod., L. ult. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit (4, 50). Zweifelhaft ist der Sinn von L. 59 D. de adqu. dom.: Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit. Vgl. §. 130 Note d. (Auf eine bei dieser Frage übersehene Stelle macht v. Scheurl a. a. O. S. 211 aufmerksam: L. 1 §. 20 D. de poss. (41, 2): Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis, non possumus adquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. R.)

dem Geld ihrer Mündel Sachen für sich anschaffen, so können die Mündel die Sachen vindiciren, wenn sie nicht die Forderung der verwendeten Summe vorziehen m). 2) Die mit dem Geld eines Soldaten erkauften Sachen kann dieser vindiciren n). 3) Wenn der Mann mit dem von der Frau geschenkten Geld Sachen angeschafft hat, und die Frau widerruft die Schenkung, so kann sie im Fall der Insolvenz des Mannes die noch vorhandenen Sachen selbst vindiciren, wie wenn sie für sie gekauft worden wären o). 4) Eben so wenn er mit Dotalgeld Sachen für sich angeschafft hat und insolvent ist p). Unter einen ganz andern Gesichtspunkt aber fällt die Ausdehnung der hereditatis petitio auf Sachen, die der Erbschaftsbesitzer mit Erbschaftssachen sich angeschafft hat q).

b. Vom Eigenthümer abgeleiteter Fruchterwerb.

§. 150.

Personen, die zum Erwerb der Früchte einer fremden Sache berechtigt sind, ohne juristische Besitzer der Sache zu seyn, erwerben das Eigenthum der Früchte durch Perception, Besitzergrei-

m) L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9), L. 3 C. arbitr. tut. (5, 51). Vergeblich hat Löhr, Magazin IV. 10, 5 versucht, die Vindication auf eine bloß hypothekarische zu beziehen.

n) L. 8 C. de R. V. (3, 32), L. 2 C. de don. inter vir. (5, 16). Irrthümer: 1) es beschränke sich auf die bona castrensia eines filiusfamilias miles, 2) es gelte von dem Vermögen der Filiifamilias überhaupt, und sey daher eine Anwendung der Regel: in universitatibus iuris (eine solche sey das Peculium) res succedit in locum pretii etc. (§. 35 Note d); sowohl die Regel als diese Anwendung derselben ist falsch.

o) L. 55 D. de don. inter vir. (24, 1).

p) L. 54 D. de iure dot. (23, 3): Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (Gaius ad ed. praet. urbani titulo de praediatoribus). Vgl. L. 22 in f. D. sol. matr. (24, 3). Ein Irrthum ist es, dieß auch sonst zuzulassen und aus der angeblichen Eigenschaft der Dos als universitas iuris abzuleiten (§. 35 Note d). Das Gegentheil ergiebt sich aus L. 12 C. de iure dot. (5, 12): Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit adquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. Vgl. L. 25—27 D. de iure dot. (23, 3).

q) Diese Eigenthümlichkeit der H. P. (§. 515) ist es, welche zu der irrigen Lehre von der universitas iuris und dem res succedit etc. (§. 35 Note d)

fung[a]), die auf eine Gestattung des Eigenthümers sich gründet, und daher der Tradition vergleichbar ist[b]).

2. Ohne Besitzerwerb.

a. Adjudication.

§. 151.

Durch das richterliche Erkenntniß, wodurch der Richter auf erhobene Theilungsklage theilt, wird das Eigenthum der adjudicirten Sache ohne einen weitern Act erworben[a]).

b. Erwerb durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

§. 152.

Die Sache, hinsichtlich deren der Eigenthümer oder der von ihm für sie und ihre Fortschaffung Bestellte die Zollentrichtung versäumt, geht sofort in das Eigenthum des Zollberechtigten über[a]); von dieser Strafe befreit ein entschuldbarer Irrthum[b]), der Soldatenstand[c]), das pupillarische Alter, wenn die Entrichtung innerhalb 30 Tagen nachgeholt wird[d]), und der Ablauf von fünf Jah-

---

Veranlassung gegeben hat, s. besonders L. 22 D. de H. P. (5, 3), L. 20 §. 10 eod.: non solum autem in hereditate utimur senatusconsulto, sed et in peculio castrensi vel alia universitate.

a) L. 13 D. qu. mod. ususfr. am. (7, 4), L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2). Nichts abweichendes enthält L. 26 §. 1 eod.: Item constat colonum qui nummis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.

b) L. 6 D. de donat. (39, 5). (Vgl. Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. 3. 9. [1847] S. 390. R.)

a) §. 7 I. de off. iud. (4, 17), vgl. L. 17 D. de usurp. (41, 3). Eine Privattheilung hat diese Wirkung nicht, es muß noch Tradition hinzukommen. L. 45 D. de pact. (2, 14). Weder dem Urtheil auf eine andere persönliche Klage, noch dem auf die Vindication kann diese Wirkung zugesprochen werden, vgl. L. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 8 §. 4 D. si serv. (8, 5): — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari —.

a) Dig. XXXIX. 4: de publicanis et vectigalibus et commissis, Cod. IV. 61: de vectig. et commissis. — L. 8. 14 D. h. t.

b) L. 16 §. 6. 10 D. eod.

c) L. 3 C. h. t.

d) L. 7 §. 1 D. h. t.

ren, wenn das Commissum so lange nicht geltend gemacht worden ist[e]). Einen Eigenthumserwerb durch Verwirkung hat auch die zweite Ehe zum Besten der Kinder erster Ehe zur Folge (§. 428). Unter denselben Gesichtspunkt fällt endlich der Satz, daß auf den Miteigenthümer eines der Reparatur bedürftigen Hauses, der die Reparaturkosten für den Antheil eines andern säumigen Theilhabers mitgetragen hat, das Eigenthum dieses Antheils übergeht, wenn ihm nicht seine Auslage mit Zinsen innerhalb vier Monaten erstattet wird[f]).

c. Andere Fälle.

§. 153.

Zu dem derivativen Erwerb, der von Besitzerwerb unabhängig ist, gehören noch andere Fälle, die mit andern Rechtsverhältnissen in dem nächsten Zusammenhang stehen, und daher bey diesen vorkommen werden, so der Zuschlag an den Pfandgläubiger vermöge des ius dominii impetrandi, die missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine, der Eigenthumserwerb durch successio per universitatem, namentlich durch Erbfolge, der durch Vermächtniß.

B. Originärer Erwerb.

1. Durch Besitzerwerb.

§. 154.

Die Occupation, d. h. die einseitige Besitzergreifung, macht den Occupanten zum Eigenthümer, wenn die Sache herrenlos ist[a]).

---

e) L. 2 C. h. t.

f) L. 52 §. 10 D. pro socio (17, 2), L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10).

a) L. 3 pr. D. de adqu. dom. (41, 1), L. 55 eod.: In laqueum quem venandi causa posueras, aper incidit, cum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an alieno, et si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim; praeterea utrum in eo casu ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem

Solche herrenlose Sachen sind unter andern 1) wilde Thiere in ihrer natürlichen Freiheit[b]); 2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde sich befinden[c]); 3) Schätze, d. h. hier eine verborgene Habe, deren Eigenthümer durch die Länge der Zeit gänzlich unbekannt geworden ist[d]); mit der Erwerbung derselben durch Occupation ist eine Restitutionspflicht der Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks (des Ganzen, wenn absichtlich ohne seine Einwilligung gesucht worden ist), an den Fiscus auch bey Schätzen auf res sacrae und religiosae verbunden[e]); 4) Sachen, die jemand neu verfertigt hat (s. g. Specification), so daß der Stoff sich nicht wieder herstellen läßt[f]), oder gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht, also in der That eine Sache existirt, die vorher noch nicht vorhanden war[g]). Der Specificant wird Eigenthümer der Sache, die er mit diesem Willen hervorgebracht hat; sein Erwerb beruht auf demselben Grunde, wie die vorher erwähnten Fälle, und daraus ergiebt sich, daß es auf diese Wirkung keinen Einfluß haben kann, ob der Untergang der früheren

---

dimisisses, eo facto meus esse desisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

b) L. 1 §. 1 L. 2 L. 3 §. 1 L. 5 §. 2—6 eod., vgl. §. 143.

c) L. 5 §. 7 L. 51 §. 1 eod., vgl. §. 143.

d) Cod. X. 15: de thesauris. L. 31 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat.

e) L. un. C. de thesaur. (10, 15), §. 39 I. de rer. div. (2, 1), L. 3 §. 10. 11 D. de iure fisci (49, 14). Ortloff, de thesauris 1818. W. Sell, Versuche (1833) I. 3. (über das Finden der in beweglichen Gegenständen befindlichen Sachen) 4.

f) L. 7 §. 7 L. 24. 25. 26 pr. D. de adquir. dom. (41, 1), L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1), §. 25 I. de rer. div. (2, 1). Keine Specification ist das Ausdreschen von Getreide, §. 25 cit. berichtigt durch L. 7 §. 7 cit., ferner das bloße Färben eines Stoffs, L. 26 §. 3 D. eod.: — quia nihil interest inter purpuram et eam lanam quae in lutum aut coenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.

g) L. 7 §. 7 D. de adqu. dom. (41, 1): Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat —. Ueber den Fall einer Verbindung fremden und eignen Stoffs s. unten §. 163 Note b.

Sache bona oder mala fide herbeigeführt worden ist[h]). 5) Derelinquirte Sachen. Die Dereliction fordert den Willen, das Eigenthum schlechthin (ohne Uebertragung auf einen Andern) aufzugeben, und einen diesem Willen entsprechenden körperlichen Act[i]). Als Derelinquent soll auch behandelt werden der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher es zum Nachtheil des Cultur- und sonstigen öffentlichen Interesses verläßt, wenn ein anderer es in Besitz nimmt, anbaut, und von jenem nicht innerhalb zweier Jahre wegen der gemachten Verwendung und Ausgaben entschädigt wird[k]).

2. Durch Ersitzung[a]).

§. 155.

Um das Eigenthum zu sichern und namentlich seinen Beweis

h) Dieß ist sehr controvers; dagegen ist unter den Neueren z. B. Sell, Versuche I. 5 (1833). (v. Scheurl, Beitr. [1852] S. 285. Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146. 295. R.) Für den obigen Satz ist die Consequenz, welche auch durch L. 29 §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1) bestätigt wird, dagegen behandeln L. 12 §. 3 D. ad exhib. (10, 4), L. 13. 14 §. 3 D. de cond. furt. (13, 1), L. 4 §. 20 D. de usurp. (41, 3), L. 52 §. 14 D. de furt. (47, 2) den Fall, wo der Specificant den Stoff gestohlen hat, in Beziehung auf die condictio furtiva und die actio ad exhibendum so, als wenn der Stoffeigenthümer Eigenthümer der neuen Species wäre, und dieß geschieht zum Theil von Juristen, die sonst diese letztere Ansicht entschieden verwerfen, vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 242 Note m. Diese Stellen sind somit als eine Modification, nicht als eine Verwerfung der dargestellten Consequenz zu betrachten.

i) L. 1. 2 §. 1 D. pro derel. (41, 7), L. 43 §. 5 D. de furt. (47, 2), L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), §. 47. 48 I. de rer. div. (2, 1). Ueber die Dereliction eines Theils L. 3 D. pro derel.

k) L. 8 C. de omni agro des. (11, 58), vgl. L. 11 C. unde vi (8, 4). Gegen die Beschränkung des Rechtssatzes auf kaiserliche Emphyteusen (Ballhorn, observ. ad L. 8 C. de o. a. d. 1803) s. Guyet, Archiv für civ. Pr. XVII. 2, 3 (1834). Allerdings aber ist er unter Umständen entstanden (Puchta, Cursus der Inst. II §. 241 bey r), deren Wegfall ihn für das heutige Recht unangemessen macht.

a) Inst. II. 6: de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. Dig. XLI. 3: de usurpationibus et usucapionibus. Cod. VII. 30: communia de usucapionibus. VII. 31: de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. VII. 33: de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. VII. 34: in quibus causis cessat longi temp. praescriptio. VII. 35: quibus non obiicitur l. t. praescriptio. VII. 38: ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis

zu erleichtern[b]), ist bestimmt, daß der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Besitz der Sache unter gewissen andern Voraussetzungen die sonstige Erwerbung ersetzen, mithin als Erwerbsart des Eigenthums gelten soll[c]). Die Erfordernisse sind darauf berechnet, den Erfolg der Ersitzung, der nicht der beabsichtigte, aber auch nicht völlig auszuschließen ist, daß sie jemanden, dem es nicht gebührt, das Eigenthum verschafft, seltener und, wenn er dennoch eintritt, dem Rechtsgefühl erträglich zu machen. Sie bestehen in der Länge der Zeit, innerhalb welcher der wirkliche Eigenthümer dem drohenden Verlust vorbeugen kann (§. 156), in der besonderen Bestimmung des Besitzerwerbs (§. 157), und in der Ausschließung mancher Sachen von dieser Erwerbung (§. 158).

Das Institut der Ersitzung als Eigenthumserwerb kommt im römischen Recht in verschiedenen Formen vor. Schon in ältester Zeit als Erwerbung des quiritischen Eigenthums, also für Personen und an Sachen, bey denen dieses möglich war, unter dem Namen ususauctoritas, später usucapio. Neben diese trat nachher eine Verjährung der Eigenthumsklage in zehn oder zwanzig Jahren, welche den longi temporis possessor gegen diese Klage durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis schützte, und eine suppletorische Bestimmung hatte, indem sie eintreten konnte, wo die Usu-

---

praescriptione submoveatur. VII. 39: de praescriptione XXX vel XL annorum. — Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz 1815. Verjährungslehre 1828 II. 2. Puchta, Cursus der Inst. II §. 239. 240.

b) L. 1 D. de usurp. (41, 3): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. L. 5 pr. D. pro suo (41, 10). (Die Versuche, außerdem eine innere Rechtfertigung der Usucapion aufzufinden, entweder in der bona fides [Savigny], oder in der Zeit [Stintzing §. 157 c. d., Puchta, Cursus der Inst. II §. 239 b.], oder in dem Titel [v. Scheurl §. 157 c.], oder in dem Besitz [Schirmer, Grundidee der Usucapion 1855 §. 2], so daß nur die res habilis noch fehlt, können schon wegen der einseitig privatrechtlichen, überdies auf die Seite des Rechtserwerbs [worin man noch gar den Unterschied von der deutschen Verjährung findet: Schmidt, der princip. Unterschied d. röm. u. d. Rechts 1853 S. 110] beschränkten Auffassung von keinem Erfolg sein. R.)

c) L. 3 D. de usurp.: Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

capion nicht stattfand. Bald erhielt diese longi temporis possessio, wenigstens bey gewissen Sachen, die Wirkung der Ersitzung, indem auch einem Kläger die Berufung auf sie gestattet ward. Diese Anwendung fand sie namentlich bey Provincialgrundstücken, welche der Usucapion entzogen waren. So wurden bewegliche Sachen in einem, italische Grundstücke in zwey Jahren (Usucapion), Provincialgrundstücke in 10 oder 20 Jahren (longa possessione) erworben. Aus der Aufhebung des Unterschieds zwischen quiritischem und bonitarischem Eigenthum, zwischen italischen und Provincialgrundstücken, (zu welchen letzteren ohnedieß fast alle Grundstücke im justinianischen Reich gehörten,) folgte von selbst die Verschmelzung der beiden Ersitzungsarten, die Justinian mehr bestätigte und ordnete, als neu einführte, indem er außerdem noch die Zeit der Ersitzung beweglicher Sachen erhöhte, und der Verjährung der Eigenthumsklage von 30 und 40 Jahren unter Voraussetzung der bona fides die Wirkung der Ersitzung beilegte[d]). Wir können

d) L. 8 C. de praescr. XXX ann. (7, 39) vom Jahr 528. L. un. C. de usuc. transf. (7, 31) 531): Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant decem vel viginti vel triginta annorum vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus, quae et nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem legem et in italici soli rebus quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus submotis. Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant non in italico solo nexu, sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem mobilem, seu se moventem in quacunque terra sive in italica sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem eam adquisitam. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris, et connumeretur in decennium vel viginti annorum spa-

alle diese Fälle unter dem Namen der Usucapion zusammenfassen, wie in der That auch Justinian schon versucht[e]), und nur darum nicht durchgeführt hat, weil man zu seiner Zeit an die Namen usucapio und longi temporis possessio als sehr verschiedene Ersitzungszeiten bezeichnende gewöhnt war[f]).

Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

a. Zeit.

§. 156.

Der Besitz muß bey beweglichen Sachen drey Jahre, bey unbeweglichen zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes fortgesetzt werden, um die Usucapion zu vollenden. Praesentes sind, nach Justinian's Bestimmung, die (Besitzer und Eigenthümer) in derselben Provinz, absentes die in verschiedenen ihr Domicilium haben[a]). Wie die durchgängige Abwesenheit die ganze Zeit verdoppelt, so auch eine theilweise den Theil der Zeit, die sie gedauert hat[b]).

Diese Zeit hindurch braucht der Usucapient nicht überall selbst (in eigener Person oder durch einen Repräsentanten) besessen zu haben; ist er durch einen derivativen Titel Usucapionsbesitzer geworden, so kann er den Besitz seines Vorgängers (und den, welchen

---

tium vel tricennium. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore fortisan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis. Pr. I. de usuc. (2, 6).

e) pr. I. cit.: — immobiles vero per longi temporis possessionem — usucapiantur — —.

f) Manche Juristen haben es für eine besondere Gründlichkeit gehalten, usucapio und longi temporis possessio noch immer als zwey verschiedene Institute zu behandeln (ein solcher Versuch ist Hameaux, die usuc. und l. t. praescr. 1835), (oder die Fortdauer der Präscriptio, in Bezug auf die Unterbrechung zu behaupten: May, über den Charakter der ord. Ersitzung [1847], Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXIV. 8 [1851]. R.)

a) L. 12 C. de pr. longi temp. (7, 33).

b) Nov. 119 c. 8. Hugo, civil. Magazin V. 17.

dieser sich zurechnen konnte) zu dem seinigen hinzurechnen, es tritt eine accessio possessionis ein[c]). Ihre Erfordernisse sind 1) Besitzerwerb des Usucapienten vermöge eines derivativen Titels[d]); 2) Continuität des Besitzes des Successors mit dem des Auctors[e]); 3) Besitz und zwar Usucapionsbesitz des Auctors[f]).

Es giebt noch andere Besitzzurechnungen, die diesen Erfolg mit dem eben bestimmten Institut gemein haben, und daher auch wohl von den römischen Juristen unter den accessiones possessionum mitbegriffen werden[g]), die aber auf wesentlich verschiedenen Principien beruhen: 1) die Rescission eines Kaufcontracts soll in jener Hinsicht wie ein Rückkauf behandelt, also dem Verkäufer die Zurechnung des Besitzes des Käufers gestattet werden, ebenso wenn die Veräußerung durch eine Resolutivbedingung rückgängig

c) Dig. XLIV. 3: de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. Ein Versuch abgesonderter Darstellung dieser Lehre ist Denzinger, die Acc. Poss. nach dem röm. und canon. R. 1842. Ueber ihre allgemeine Zulässigkeit nach justinianischem Recht vgl. §. 13 I. de usuc. (2, 6), L. 2 §. 20 D. pro emt. (41, 4), L. 11 C. de pr. longi temp. (7, 33), L. un. C. de usuc. transf. (7, 31).

d) L. 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4): Si a furioso quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. L. 14 §. 1 D. de div. temp. pr. (44, 3): Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his qui in locum aliorum succedunt —. — L. 13 §. 9 D. de adqu. poss. (41, 2): Si iussu iudicis restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit. — Daß der Usucapient selbst besitzen muß, um von der accessio Gebrauch machen zu können, liegt schon in dem Namen der accessio, und die Hervorhebung dieses Erfordernisses hat für die Usucapion kein Interesse; anders bey der Anwendung auf Interdicte, für diese wird es besonders hervorgehoben in L. ult. D. de div. temp. pr., L. 13 §. 12 D. de adqu. poss.

e) L. 15 §. 1 D. de div. temp. pr. (44, 3), L. 13 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2), vgl. L. 20 D. de usurp. (41, 3).

f) L. un. C. de usuc. transf. (7, 31), L. 13 §. 13 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 37 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 pr. D. de div. temp. pr. (44, 3). — L. 14 pr. D. de usurp. (41, 3): Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit, nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.

g) Diese Zusammenstellung verschiedenartiger Fälle hat vornehmlich die Aeußerung der L. 14 pr. D. de div. temp. pr. veranlaßt: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate.

wird[h]), der wahre Grund ist, daß die Veräußerung als nicht geschehen zu betrachten, und es darum billig ist, auch den Besitz so zu behandeln, wie wenn er stets bey dem Verkäufer geblieben wäre[i]). 2) Eben so ist der Satz aufzufassen, daß dem Geber eines Precariums nach erfolgter Restitution der Besitz des Precaristen zu Gute kommt[k]). 3) Wenn der Usucapient stirbt vor Vollendung der Usucapion, so wird die Zeit seines Besitzes, des Besitzes der Erben, und die Zwischenzeit zusammengerechnet (vorausgesetzt daß nicht der Besitz eines Dritten den Zusammenhang unterbrochen hat). Der Erbe succedirt in die Usucapion des Erblassers, er setzt sie fort, und vollendet sie, wie sie denn auch schon vor seinem Eintritt hereditate iacente vollendet werden kann[l]). Der Unter-

---

h) L. 6 §. 1 eod., L. 13 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 19 D. de usurp. (41, 3).

i) Nicht so wird die Frage der bona fides behandelt, in Beziehung auf sie gilt die Redhibition als Anfang des Besitzes, L. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4).

k) L. 13 §. 7 D. de adqu. poss. (41, 2), eine Aeußerung, bey welcher der Jurist zwar zunächst das Interdict, nicht die Usucapion im Auge hat, die aber auch auf diese bezogen werden kann, und im justinianischen Recht darauf bezogen werden muß. — Wenn dem Sequester der juristische Besitz übertragen ist, so wird dadurch die Usucapion der Parteien unterbrochen, ja dieß ist gerade der Zweck jenes Zusatzes zur sonstigen Function des Sequesters, L. 17 §. 1 D. de depos. (16, 3). Dessen ungeachtet ließe sich denken, daß nachher für den Sieger die Unterbrechung als nicht geschehen betrachtet, also ihm die Zeit der Sequestration zugerechnet würde, und dieß scheint namentlich gegenüber einem Dritten der Gerechtigkeit gemäß, nur freilich steht entgegen L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2): Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet, at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

l) L. 30 pr. D. ex qu. caus. maior. (4, 6): Cum miles qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 20. 40. 44 §. 3 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 19 L. 6 §. 2 L. 7 pr. D. pro emt. (41, 4). Streitfrage: ob nicht jedenfalls wenigstens der Besitzerwerb des Erben (wenn auch die Zeit schon abgelaufen) zur Vollendung der Usucapion, die der Erblasser selbst noch nicht vollendet hatte, erforderlich sey? Bejaht von Unterholzner, Verjährungsl. I §. 133, besonders wegen L. 13 §. 4 D.

schied dieser successio in usucapionem (nicht in possessionem) und der eigentlichen accessio possessionis ist der, daß die letztere eine Modification der Regel ist, wonach die Zeit von dem Anfang des Usucapionsbesitzes an abgelaufen seyn soll, nicht so die erstere, bey welcher der Anfang nicht im Erben, sondern im Erblasser liegt.

b. Besitzerwerb mit iustus titulus und bona fides.

§. 157.

Der Usucapient muß den Besitz mit dem animus domini erworben haben[a]). Bey dem Erwerb durch Repräsentanten ist für den Anfang der Usucapion auch das Bewußtseyn von der erfolgten Apprehension nöthig, mit Ausnahme der Fälle, wo Wissen und animus des Erwerbers überhaupt nicht gefordert wird[b]).

Ein allgemeines Erforderniß der Usucapion nach neuerem Recht[c]) ist die Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, bona fides[d]). Diese bona fides muß 1) am Anfang vorhanden

---

de adqu. poss. (41, 2), verneint z. B. von Vangerow, Leitfaden I §. 322, Ihering, de hereditate possidente (1842) S. 8 ff., besonders wegen L. 6 §. 2 D. pro emt., die ausdrücklich die Vollendung ohne Besitz des Erben zuläßt. Die letzte Ansicht ist dahin zu modificiren, daß wenn beim Antritt die Zeit noch nicht abgelaufen war, zur Vollendung die Besitzergreifung des Erben gehört, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, s. L. 30 §. 5 D. de adqu. poss.

a) L. 25 D. de usurp. (41, 3), L. 13 pr. eod.: Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

b) L. 8 pr. 47 eod., L. 49 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32), s. §. 130 Note e. L. 2 §. 11 L. 7 §. 8 D. pro emt. (41, 4), L. 7 §. 3 D. ad exhib. (10, 4). Vgl. §. 130 Note f. g.

c) Ueber die Ausnahmen des älteren Rechts s. Puchta, Cursus der Inst. II §. 239. (Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre 1852 S. 44, der mit guten Gründen für das ältere Recht selbst regelmäßig nichts weiter fordert als Abwesenheit des Furtum und die Requisite des Titels und der bona fides erst mit der Publiciana entstehen läßt. Dagegen erklärt sich zwar v. Scheurl, Beitr. II [1854] No. XV §. 1—10. Allein nominell tritt wenigstens dieß Erforderniß erst bei letzterer auf L. 7 §. 11 D. de Publ. in rem. (6, 2) und zwar als Unterstützung eines mangelhaften Titels, nicht umgekehrt, wie im Text No. 4 angenommen ist. Ein in dieser Frage noch nicht benutztes Argument giebt die alte Servitutenverjährung, die ebenfalls keinen Titel und bona fides verlangt. R.)

d) Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung 1820. (Vgl. jedoch Stintzing S. 73, der mit Recht hervorhebt, daß die

seyn[e]), und nach heutigem Recht bis zum Ende der Usucapionszeit fortdauern[f]). 2) Die bona fides dessen ist erforderlich, in dessen Person der Usucapionsbesitz beginnt, bey dem Erwerb durch Repräsentanten ist dieß regelmäßig der Dominus (s. oben), ausnahmsweise der Repräsentant, da nämlich, wo das Wissen des Erwerbers nicht gefordert wird. Hier schadet die mala fides des Repräsentanten, aber auch die des Erwerbers, wenn er zufällig Kenntniß von dem Erwerb hat[g]). 3) Vorausgesetzt daß das Eigenthum erst durch Usucapion erworben werden wird, ist die bona fides ein Irrthum über das den vermeinten Erwerb des Eigenthums ausschließende Hinderniß, dieser Irrthum muß ein error facti und überhaupt ein entschuldbarer seyn[h]). 4) Die bona fides muß eine erweisliche objective Grundlage haben, die in dem Usucapienten die Ueberzeugung, Eigenthümer zu seyn, hervorbringen konnte und hervorgebracht hat. Regelmäßig ist die wirkliche Existenz eines zur Verschaffung des Eigenthums an sich (also abgesehen von dem hier eingetretenen, dem Usucapienten unbekannten Hinderniß) geschickten Erwerbsgrundes erforderlich, vermöge dessen der Usucapient in den Besitz gekommen ist, dieß ist der Usucapionstitel[i]). Doch ist

---

bona fides nicht als eine positive würdige Gesinnung, sondern negativ, als Unkunde des materiellen Unrechts, mit welchem der unvollständige Erwerb behaftet ist, genommen werden muß. Vgl. L. 109 D. de V. S. [50, 16], L. 3 pr. L. 4 §. 2 D. pro suo [41, 10], L. 4 D. pro legato [41, 8]. R.)

e) L. 10 pr. 15 §. 3 L. 48 D. de usurp. (41, 3), L. 2 pr. §. 13 L. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4), L. 7 §. 17 D. de publ. act. (6, 2), vgl. Backe, interpr. iur. rom. (1829), cap. 2. (Doch ist die bona fides kein Erforderniß des Besitzanfangs, sondern der causa. v. Scheurl, Beitr. [1852] S. 220 f. R.)

f) cap. ult. X. de praescr. (2, 26).

g) L. 2 §. 10—13 L. 11 D. pro emt. (41, 4), L. 43 §. 1 D. de usurp. (41, 3). (Daß die Kenntniß eine gleichzeitige sei, ist nicht erforderlich. Donell. V. 17 §. 7. v. Scheurl, Beitr. S. 228 f. R.)

h) L. 31 pr. eod., L. 7 §. 2 D. pro emt. (41, 4), L. ult. D. pro her. (41, 5), L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). (Die Beschaffenheit des Irrthums ist gleichgültig 1) bezüglich des dominium auctoris, L. 2 §. 8 D. pro emt. [41, 4], L. 19 §. 3 D. de neg. gest. [3, 5]; 2) bey vollständigem Erwerb, L. 13 §. 2 L. 44 §. 4 D. de usurp. [41, 3], L. 28 D. de nox. act. [9, 4], L. 3 D. pro donato [41, 6], L. 25 D. de don. int. vir. et ux. [24, 1]. Stintzing a. a. O. S. 57. 75 ff. R.)

i) L. 5 C. de praescr. l. t. (7, 33), §. 11 I. de usuc. (2, 6), L. 1 D. pro don. (41, 6), L. 6 D. pro derel. (41, 7), L. 1—3 D. pro leg. (41, 8),

ausnahmsweise die Usucapion auch ohne einen wirklichen Titel (aus einem putativen Titel) zulässig, wenn nur sonst ein guter Grund vorhanden war, der in dem Besitzer vernünftigerweise jene Ueberzeugung hervorbringen konnte[k]).

Die Titel sind so verschieden als die Eigenthumserwerbsarten[l]), sie sind theils originäre (usucapio pro suo, dahin gehört immer die Usucapion aus einem putativen Titel), theils derivative[m]).

c. Usucapionsfähigkeit der Sache.

§. 158.

An Sachen, an denen überhaupt kein Eigenthum erworben

L. 27 D. de usurp. (41, 3): Celsus trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

k) L. 11 D. pro emt. (41, 4): (Africanus) Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat. nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit, magis esse ut usucapio sequatur. L. 4 §. 2 L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). — L. ult. D. pro leg. (41, 8): Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est, sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit (Hermogen.). (Die Unterscheidung des wahren und putativen Titels verwirft Stintzing a. a. O. S. 89 f., während v. Scheurl, Beitr. II [1854] S. 78. 79 sie festhält, weil er §. 11 I. de usuc. [2, 6], L. 4 C. de usuc. pro hered. [7, 29], L. 24 C. de R. V. [3, 32] als das letzte Wort der Compilation ansieht. R.)

l) Dig. XLI. 4—10. Cod. VII. 26—29.

m) Ueber den titulus pro soluto s. L. 46. 48 D. de usurp. (41, 3). Verschiedene Ansichten bestehen über die usucapio pro herede des neuesten Rechts, Dig. XLI. 5, Cod. VII. 29, L. 33 §. 1 D. de usurp., L. 11 D. de div. temp. pr. (44, 3). Vgl. Roßhirt, Archiv für civ. Pr. IX. 1 (1826). Puchta, erlanger Jahrb. V. S. 268—276 (1827). Unterholzner, Verjährungslehre (1828) I §. 106. 107. Streitfrage: ob das richterliche Urtheil auf die Vindication ein Usucapionstitel seyn könne? Verneint unter Andern von Danz, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. V. 19 (1832), (Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXI. 10 [1848]. R.), bejaht von Arndts, Archiv für civ. Pr. XIII. 15 (1830), Vangerow, Leitfaden I §. 320. (Gegen Beide: v. Scheurl, Beitr. II [1854] S. 82—86. R.)

werden kann, kann natürlich auch keines durch Usucapion erworben werden[a]). Außerdem sind noch manche Sachen dieser speciellen Erwerbung, und zwar der ordentlichen Usucapion (von 3, 10 und 20 Jahren) entzogen, usucapionsunfähig. In diesen Usucapionsverboten liegt eine begünstigende Rücksicht auf den Eigenthümer, dem in solchen Fällen sein Eigenthum durch jenen fortgesetzten Besitz nicht soll entzogen werden können. Am anschaulichsten ist dieß in den Fällen, wo eine Sache dadurch, daß sie gewissen Personen gehört, usucapionsunfähig wird, aber auch den übrigen liegt dieser Gedanke zu Grunde.

Usucapionsunfähig sind

1) Sachen gewisser Eigenthümer, denen dieses Vorrecht gegeben ist: a) Staatseigenthum (res fiscales)[b]); b) Eigenthum des Fürsten (res dominicae)[c]); c) Eigenthum der Städte[d]); d) unbewegliches Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen[e]); e) Dotalsachen, welche zu der Zeit, wo die Restitution der Dos gefordert werden kann, exstantes sind und ipso iure in das Eigenthum der Frau fallen (§. 142), die Usucapionszeit soll erst von diesem Zeitpunkt an gerechnet werden[f]); f) unbewegliches Eigenthum der Minderjährigen[f*]). — Das Vitium, welches in dem

---

a) L. 9 D. de usurp. (41, 3).

b) L. 18. 24 eod.

c) Cod. VII. 38.

d) L. 9 D. de usurp. (41, 3), L. 2 C. ne rei dom. (7, 38), L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2). Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre I §. 45. 48 Puchta, Cursus der Inst. II §. 239 Note aaa.

e) Nov. 111 c. 1, Nov. 131 c. 6, cap. 8 X. de praescr. (2, 26). Die Behauptung Vangerow's (Leitfaden §. 317): „durch das can. R. ist dieß auf bewegliche Sachen ausgedehnt, vgl. c. 4 X. de praescr.: nam rom. ecclesia triennalem (sic) praescriptionem contra ecclesiam non admittit" — beruht auf dem Druckfehler triennalem statt tricennalem.

f) L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

f*) Es ist eine höchst bestrittene Frage, ob Sachen der Minderjährigen schlechthin (also abgesehen von dem unten Num. 7 vorkommenden Fall) der ordentlichen Ersitzung entzogen seyen. Dagegen sind z. B. Göschen, Vorlesungen §. 255, Vangerow, Leitfaden §. 317 (Sintenis, Civilrecht S. 500. 501. R.), dafür unter vielen Andern Unterholzner, Verjährungsl. I §. 35, Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pand. R. §. 261 Note 7, Arndts, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XX. 11 (1844). Die letztere Ansicht gründet sich auf L. 5 C. in quib. c. in int. rest. nec non est (2, 41), worin Justinian den Lauf

Eigenthum einer gewissen Person seinen Grund hat, wird dadurch getilgt, und die Sache usucapionsfähig, daß sie aufhört, einer solchen Person zu gehören[g]).

2) Res furtivae, nach den Zwölf Tafeln und der Lex Atinia[h]). Das Vitium wird getilgt, die gestohlene Sache usucapionsfähig, sowie sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen ist[i]).

---

jeder temporalis praescriptio unter 30 Jahren gegen Minderjährige ausschließt, verbunden mit L. 3 C. quib. non obiic. l. t. p. (7, 35), worin Diocletian und Maximian rescribiren, daß die Zeit der longi temporis praescriptio erst von erreichter Volljährigkeit des Eigenthümers laufe. Für die erste Meinung beruft man sich auf die zahlreichen Pandektenstellen, welche die Möglichkeit der Usucapion von Sachen der Unmündigen (und damit natürlich um so mehr der Minderjährigen) direct oder indirect aussprechen — s. z. B. L. 2 D. de eo qui pro tut. (27, 5), L. 4 §. 11 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 15 L. 7 §. 3 D. pro emt. (41, 4), L. 33 D. de furt. (47, 2) — so wie auf L. un. C. si adv. usuc. (2, 36), worin Diocletian und Maximian den Minderjährigen gegen die Usucapion Restitution zuerkennen, die ohne die Möglichkeit der Usucapion nicht denkbar wäre. Man führt ferner an die Unwahrscheinlichkeit, daß dieser ganze Inhalt der Digesten und des Codex durch die scheinbar allgemeine Aeußerung jenes justinianischen Gesetzes zur Antiquität gemacht werden sollte. Dieses Bedenken hat auch der scharfsinnige neueste Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht nicht völlig zu entfernen vermocht. Ich glaube jetzt, daß wir auf diesen Punkt den regelmäßigen Sprachgebrauch der justinianischen Legislation (§. 155) in Anwendung bringen dürfen, wodurch jedes Bedenken verschwindet, und halte daher für die Ersitzung beweglicher Sachen („usucapio") die erste, für die unbeweglicher Sachen („l. t. praescriptio") die zweite Meinung für richtig. — Ein (aus der Vermengung der Usucapion mit der Klagverjährung geflossener) Irrthum ist es, die Sachen der Unmündigen wegen L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39) für usucapionsunfähig zu halten. Mit Unrecht hat man ferner hieher gezogen den Fall der Adventitien, der unter Num. 7 gehört, und eben so ungegründet ist die Meinung, daß die Sachen der Wahnsinnigen usucapionsunfähig seyen.

g) L. 24 §. 1 D. de usuc. (41, 3).

h) §. 2 I. de usuc. (2, 6). (Schirmer, Grundidee d. Usuc. §. 3 ff. R.) Die Erzeugnisse der gestohlenen Sachen sind nicht schon als solche res furtivae, erst die Perception durch den Dieb macht sie dazu, L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3), bey Thieren (und Sclaven) aber auch schon die Conception, L. 33 pr. eod., L. 48 §. 5 D. de furt. (47, 2). Dagegen macht der gestohlene Stoff die daraus verfertigte Sache zur furtiva, L. 4 §. 20 D. de usurp., vgl. §. 154 Note h.

i) Nicht des Bestohlenen, der nicht Eigenthümer ist, denn zu Gunsten

Darum entsteht das Vitium nicht, wenn der Eigenthümer selbst den Diebstahl an der Sache (z. B. gegen den Pfandgläubiger, den Usufructuar, den bonae fidei possessor begeht[k]). In der Gewalt des Eigenthümers aber ist sie a) wenn er den Besitz der Sache als der seinigen (also nicht etwa ohne sie als die seinige, ihm entwendete zu erkennen) und nicht auf eine Weise überkommt, die einem Andern ein Rechtsmittel giebt, womit er ihm denselben wieder entziehen kann[l]); b) wenn er in der Lage ist, die Sache vindiciren zu können, also es nur von ihm abhängt, sie wiederzubekommen[m]).

3) Res vi possessae nach der Lex Julia und Plautia (was sich besonders auf Grundstücke bezieht, die nicht res furtivae seyn können); nicht schon die gewaltsame Entziehung des Besitzes ist hinreichend, der Dejicient muß selbst in den Besitz gekommen seyn[n]). Das Vitium wird getilgt wie bey der res furtiva[o]).

4) Sachen (besonders Grundstücke, bey denen diese Handlung kein Furtum ist), die ein malae fidei possessor ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert[p]). Das Hinderniß gilt nach dem Geist der Verordnung

---

des Eigenthümers ist das Usucapionsverbot gegeben, L. 4 §. 6 D. de usurp. (41, 3). Wegen L. 49 eod. s. Note l.

k) L. 4 §. 21 eod., L. 20 §. 1 D. de furt. (47, 2). L. 6 C. de usuc. pro emt. (7, 26), die das Gegentheil zu sagen scheint, spricht von dem verpfändenden Nichteigenthümer, und eben so läßt sich L. 49 D. de usurp. verstehen.

l) L. 4 §. 12 eod. Auch durch Stellvertreter kann der Eigenthümer die Gewalt über die Sache erlangen, worüber die Grundsätze von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter gelten, nur daß er, wenn er von dem geschehenen Diebstahl Kenntniß hatte, immer auch von der Wiedererlangung der Sache Kenntniß haben muß, auch wo diese Kenntniß zur Erwerbung des Besitzes nicht nöthig wäre, L. 4 §. 7—11 L. 41 eod. (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. II. 6. 1 [1847]. R.) Wenn der Nichteigenthümer verpfändet hat, und dem Pfandgläubiger die Sache entwendet, so tilgt die Rückkehr der Sache zu diesem das Vitium; dem wahren Eigenthümer ist es hier Gewinn genug, daß die Usucapion vorübergehend ausgeschlossen war, seine Lage wurde durch jenen Diebstahl nicht verschlechtert. So ist zu verstehen L. 49 eod. vgl. Note i.

m) L. 215 D. de V. S. (50, 16), L. 4 §. 13. 14 D. de usurp. (41, 3).

n) L. 4 §. 22. 23 L. 33 §. 2 eod.

o) L. 86 D. de furt. (47, 2), L. 6 D. vi bon. rapt. (47, 8).

p) Nov. 119 c. 7.

nicht bloß für den, welcher die Sache unmittelbar durch diese Veräußerung erhalten hat, sondern auch für einen folgenden Erwerber, solange das Vitium nicht getilgt ist; getilgt aber wird es dadurch, daß der Eigenthümer Kenntniß von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache erhält.

5) Sachen, die einem Beamten gegen die lex Iulia repetundarum, also um dadurch rechtswidrig auf seine amtlichen Functionen einzuwirken, gegeben sind; das Vitium wird getilgt wie bey den res furtivae [q]).

6) Gränzen, d. h. bey dem Gränzstreit mit der actio finium regundorum soll die Behauptung des Eigenthums an dem bestrittenen Stück nicht durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Usucapionsbesitz begründet werden können [r]).

7) Wenn die Veräußerung einer Sache durch Gesetz verboten ist, so liegt darin in so weit ein Usucapionshinderniß, als eine von dem durch das Verbot Beschränkten zugelassene Usucapion auch eine Veräußerung, also wie eine andere nichtig ist. Eine solche Zulassung ist es, wenn der Beschränkte die Sache weggiebt, und hier ist sowohl die Usucapion des unmittelbaren als eines weiteren Empfängers ausgeschlossen, auch wenn der gesetzwidrige Veräußerer von dem Besitz dieser letzten keine specielle Kenntniß hat [s]). Einzelne Fälle: a) Adventitien der in väterlicher Gewalt Befindlichen [t]); b) Sachen der Bevormundeten, die nicht ohne Decret veräußert werden können [u]); c) Dotalgrundstücke, deren Veräuße-

---

q) L. 8 D. de L. Iul. repet. (48, 11), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

r) L. 6 C. fin. regund. (3, 39). Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes s. Puchta, Cursus der Inst. II §. 234, vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X. 7. (Schriften der röm. Feldmesser 1852. 2. S. 433 ff. R.)

s) L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 12 §. 4 D. de publ. act. (6, 2), vgl. L. 9 §. 5 eod.

t) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60), L. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 1 §. 2 C. de annal. exc. (7, 40). Die Unstatthaftigkeit der ordentlichen Ersitzung fällt in Beziehung auf die von dem Vater veräußerten Sachen nicht weg durch die Befreiung der Eigenthümer von der väterlichen Gewalt, Nov. 22 c. 24; die Novelle spricht zunächst nur von gewissen Adventitien (den lucra nuptialia), aber es ist kein Grund vorhanden, ihre Vorschrift auf diesen speciellen Fall zu beschränken.

u) Darauf ist zu beziehen L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

rung dem Mann entzogen ist[v]); d) res litigiosae[w]); e) vermachte Sachen, die der Erbe, des Vermächtnisses bewußt, veräußert[x]).

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung[a]).

§. 159.

Als außerordentliche Ersitzung kann die von Justinian auf dem Grund der dreißigjährigen Klagverjährung eingeführte bezeichnet werden, die durch die Gestaltung ihrer Erfordernisse als Supplement zur ordentlichen sich verhält[b]). Sie fordert nur 1) bona fides ohne iustus titulus, also die bloße Meinung, Eigenthümer zu seyn, ohne daß auf ihre Entstehung und Begründung etwas ankommt, 2) Fortsetzung des Besitzes die gesetzliche Zeit hindurch. Diese Zeit ist (für bewegliche und unbewegliche Sachen) regelmäßig dreißig Jahre, aber der Ursprung dieser Ersitzung aus der Klagverjährung hat den Einfluß, daß in den Fällen, wo diese auf vierzig oder mehr Jahre gesetzt ist, auch jene gleicher Weise sich verlängert[c]); ebenso ist sie ausgeschlossen in den Fällen, wo die

---

v) L. 16 D. de fundo dot. (23, 5).

w) Anders, wenn der Besitzer veräußert hat, nachdem der Kläger den Streit liegen gelassen hat, L. 1 C. de pr. longi temp. (7, 33).

x) L. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. (6, 43).

a) Vgl. Fritz: Sind die Erford. der s. g. auss. Eigenthumserf. nach den Regeln zu bestimmen, die von der ordentl. E. gelten, oder nach denjenigen, die von d. Klagenverjährung gelten, Zeitschr. für Civilr. III. 23 (1830).

b) L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39): Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is qui suppositam eam habebat, exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam rem adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat, si vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab iniusto detentatore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor XXX vel XL annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor XXX vel XL annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus sit. L. un. C. de usuc. transf. (§. 155 Note d).

c) S. §. 91.

dreißig- ꝛc. jährige Klagverjährung nicht stattfindet[d]). Die der ordentlichen Usucapion entzogenen Sachen (§. 158) sind darum nicht auch der außerordentlichen entnommen[e]).

Unterbrechung der Ersitzung.

§. 160.

Die Ersitzung wird unterbrochen (usurpatio) durch den Wegfall eines als dauernd vorausgesetzten Erfordernisses[a]): 1) der Eigenthumsfähigkeit; 2) der Usucapionsfähigkeit[b]); 3) der bona

---

d) Die einzelnen Fälle §. 90 Num. 3. Gegen Ehefrauen hinsichtlich veräußerter Dotalgrundstücke und der ipso iure an sie zurückfallenden Sachen beginnt auch die außerordentliche Ersitzung erst von der Zeit an, wo sie die Dotalforderung haben, L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

e) Eine Ausnahme macht der Wortlaut der C. C. C. 209 bey gestohlenen Sachen: „Und kann an solcher gestohlener und geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Geweer ersessen werden —". Drey Ansichten sind möglich 1) die Carolina hat alle res furtivae, 2) sie hat nur die ihrem Begriff von Diebstahl (der enger ist als der römische) gemäß gestohlenen Sachen der außerordentlichen Ersitzung entzogen (s. z. B. Göschen, Vorlesungen §. 263), 3) sie hat überall nicht die Absicht gehabt, das römische Recht zu modificiren, und die angeführten Worte sind daher nicht auf die außerordentliche Ersitzung zu beziehen (s. z. B. Unterholzner, Verjährungsl. I §. 60). Diese letzte Ansicht war von Anfang unter den deutschen Juristen die herrschende, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, davon abzugehen.

a) Die Wirkung der Unterbrechung ist, daß die bisherige Dauer des Besitzes nicht mehr in Anschlag kommt, und daß die Ersitzung ganz von neuem wieder beginnen muß, wenn sie stattfinden soll. Etwas anderes ist es, wenn bloß eine gewisse Zeit in die Usucapionszeit nicht eingerechnet wird, so daß ein Stillstand der Ersitzung während derselben eintritt (s. g. praescriptio dormiens). Dieß geschieht, wenn nach begonnener Usucapion die Sache einen Eigenthümer erhält, gegen den jene nicht zulässig ist (§. 158 Num. 1). Die Fälle aber der ruhenden Klagverjährung (§. 90 Num. 3) auf die (ordentliche) Ersitzung auszudehnen, ist ein Irrthum, der sich von der ungehörigen Vermengung dieser beiden wesentlich verschiedenen Institute herschreibt (§. 73 a. E.).

b) Dieser Unterbrechungsgrund ist nach dem bestehenden Recht ohne praktische Wichtigkeit. Ausgenommen nämlich ist die Usucapionsfähigkeit wegen Vorrechts des Eigenthümers (Note a). Die andern Vitia aber (§. 158), soweit sie nach begonnener Usucapion eintreten können, sind zugleich mit einer Besitzunterbrechung verbunden. Dieß gilt auch von der Eigenthumsfähigkeit; fällt diese weg, so wird auch der juristische Besitz verloren (§. 128 a. E.).

fides (nach canonischem Recht §. 157 Note f); 4) des Besitzes[c]). Ausnahmsweise wird die Usucapion nicht unterbrochen durch den Besitz des Pfandgläubigers (§. 129 Note b), und dasselbe ist von dem des Emphyteuta zu behaupten, ferner durch den des Precaristen, wenn die Restitution wieder erfolgt ist (§. 156 Note k). Keine Ausnahme dagegen ist es, daß die Usucapion fortdauert, wenn der Besitzer die Sache zum äußerlichen Theil einer andern von ihm besessenen macht, der Besitz geht dadurch nicht verloren[d]).

Man hat von einer s. g. civilis interruptio durch Litiscontestation (ja in durchgeführter Consequenz der Vermischung von Klagverjährung und Ersitzung auch wohl schon durch Citation des Beklagten) gesprochen[e]); dieß ist unrichtig, nur unschädlich wird

---

c) L. 2 D. de usurp. (41, 3), L. 5 eod.: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes, nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit necne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex causa lucrativa. (Die Erklärung dieser Stelle — im Gegensatz der vorjustinianischen civilen Usurpation durch Abbrechen eines Zweigs — s. bei Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. II. 6. 2 [1846]. R.)

d) L. 30 §. 1 eod. S. §. 128 Note e. Man hat für die Meinung, wenigstens in dem Fall der Einfügung von Baumaterialien in ein Haus werde die Usucapion unterbrochen, L. 7 §. 11 D. de adqu. dom. (41, 1) und L. 23 pr. §. 2 D. de usurp. (41, 3) angeführt, allein die Stellen sprechen von dem, der das Haus, wie es ist, in Besitz genommen hat, und daher nicht die einzelnen Theile besitzt, §. 128 Note d. Wer ein Haus besitzt, besitzt und usucapirt nicht die einzelnen Theile, stürzt das Haus vor der Vollendung der Usucapion ein, so beginnt eine neue Usucapion der Materialien. Einer besondern Entscheidung bedarf aber noch die Frage nach dem Eigenthum der Materialien, wenn die Usucapion des Hauses vollendet ist. Waren sie im Eigenthum des Hauseigenthümers, so tritt auch durch die Usucapion des Hauses keine Trennung des Eigenthums ein, Eigenthum des Hauses und der Materialien gehen auf den Usucapienten über. Savigny, R. des Besitzes S. LXVIII ff.

e) Mehrere Juristen, die dieß verwerfen, haben wenigstens die in L. 2 C. de ann. exc. (7, 40) eingeführte Protestation als Civilunterbrechung angenommen (z. B. Göschen, Vorles. II §. 266, Vangerow, Leitf. §. 323). Aber die Protestation soll nur die Litiscontestation vertreten und keine höhere Wirkung haben als diese. (Ueber eine wahre Civilunterbrechung des ältern Rechts [Cic. de or. III. 28] s. Note c. R.)

dadurch die nachher vollendete Usucapion, was freilich factisch der Unterbrechung gleichsteht[f]).

Beweis der Ersitzung.

§. 161.

Wer sich auf Usucapion beruft, hat 1) bey jeder Usucapion die Fortsetzung des Besitzes die gesetzliche Zeit hindurch zu beweisen; dieß geschieht durch den Beweis des Besitzes an zwey Zeitpunkten, deren Zwischenraum nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt; 2) bey der ordentlichen Usucapion überdieß den Titel oder was seine Stelle vertritt[a]); die bona fides braucht nicht bewiesen zu werden[b]).

3. Eigenthumserwerb durch Verbindung[a]).

§. 162.

Ein Eigenthumserwerb kann die Wirkung der Verbindung seyn, in welche eine Sache mit einer andern Sache tritt. Die allgemeine Voraussetzung des Erwerbs ist eine Verbindung von der Innigkeit, daß dadurch die Sache ihr bisheriges abgesondertes, selbstständiges Daseyn unwiderruflich verliert. Ist dieses der Fall, so gestaltet sich der Eigenthumserwerb verschieden, je nachdem die

---

f) L. 17 in f. 18. 21 D. de R. V. (6, 1), L. 2 §. 21 D. pro emt. (41, 4), L. 26 C. de R. V. (3, 32), L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32), L. 10 C. de praescr. l. t. (7, 33). Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 239. — Wenn übrigens in einigen späteren Gesetzen Ausdrücke vorkommen, die einer Unterbrechung entsprechen würden (z. B. L. 2 C. ubi in rem [3, 19], L. 1. 2 C. de praescr. longi temp. [7, 33]. R.), so ist dieß um so weniger auffallend, als die Interpellation dem interpellirenden Eigenthümer gegenüber den Effect einer Unterbrechung hat.

a) L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2).

b) Es ist gewöhnlich, noch besonders von den Wirkungen der Usucapion zu handeln. Man versteht darunter den Umstand, daß sie unter gewissen Voraussetzungen die Aufhebung von iura in re, namentlich des Pfandrechts zur Folge haben kann. Aber dieser Erfolg ist nur ein möglicher Begleiter, nicht eine Wirkung der Ersitzung der Sache, er gehört einem von dieser verschiedenen, und nur zufällig mit ihr coincidirenden Institut an. Die wahre Wirkung des Instituts, von dem hier die Rede ist, liegt darin, daß es originäre Erwerbung des Eigenthums ist, diese aber ist durch die systematische Stellung desselben gegeben und bedarf keiner besondern Erörterung.

a) S. Puchta, Cursus der Inst. II §. 242.

beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen, oder in dem Verhältniß von Neben- und Hauptsache (Accessionsverhältniß).

a. Verbindung ohne Accession.

§. 163.

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer in Folge einer Uebereinkunft unter ihnen vermischt werden, so tritt an die Stelle des bisherigen abgesonderten Eigenthums Miteigenthum, der Grund dieser Eigenthumsveränderung aber ist die Uebereinkunft. Außer diesem Fall tritt dieselbe Folge schon durch die Vermischung selbst ein, wenn die beiden Sachen unscheidbar sind, vorausgesetzt daß sie nicht eine Specification ist, und damit die ganze Masse dem Specificanten zufällt[a]). Anders wenn die Sachen scheidbar sind (sey es daß gar keine körperliche Cohärenz eingetreten ist, z. B. bey vermischtem Getreide, oder daß sie der Wiederherstellung der abgesonderten Existenz nicht entgegensteht, z. B. bey Vermischung verschiedener Metalle), hier verändert die bloße Vermischung das Eigenthum nicht, es tritt weder Communio, noch die Wirkung der Specification ein[b]). Vermischung von Geldstücken wird, wenn sie

---

a) L. 27 I. de rer. div. (2, 1), L. 3 §. 2 L. 4. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 8. 9 L. 27 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

b) §. 28 I. de rer. div. (2, 1), L. 5 pr. §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 12 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1). Die letzteren Stellen schließen entschieden den Erwerb durch Specification aus, seine Zulassung wäre in der That eine von der allgemeinen Voraussetzung dieser Erwerbung abweichende Singularität, dessen ungeachtet glauben manche diese Ausnahme von der Regel machen zu müssen wegen §. 25 I. de rer. div.: Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit — — et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit. — Quodsi partim ex sua materia partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit. Die Stelle sagt nur, daß in diesem letzten Fall, wo der Specificant Arbeit und Stoff hinzugethan habe, die Richtigkeit der recipirten Ansicht nicht zu bezweifeln, vielleicht auch nie bezweifelt worden sey.

nicht mehr erkennbar sind, als eine unscheidbare, und überdieß die hinzugekommenen als Accession von dem Geld des Besitzers, unter das sie gemischt sind, also dieser als ihr Eigenthümer behandelt[c]).

b. Accession.

§. 164.

Wenn die Verbindung zweier Sachen den Charakter der Accession hat, so wird das Eigenthum an der Hauptsache nie aufgehoben oder in seiner Wirkung gehemmt[a]). Die Vindication des Eigenthümers der Accession muß im Fall einer körperlichen Cohärenz durch Trennung vermittelt werden[b]), und ist die Verbindung eine integrirende, so verliert er Eigenthum und Vindication gänzlich, er ist auf eine Entschädigungsforderung beschränkt[c]); hier also enthält die Accession einen Eigenthumserwerb für den Eigenthümer der Hauptsache.

Als Hauptsache aber ist unter beweglichen Sachen die zu betrachten, für welche die andere bestimmt und um deren willen sie vorhanden ist[d]), so das Gemälde gegenüber der Tafel oder Leinwand (wenn nicht etwa jenes seinem Zweck nach nur Verzierung des Grundes ist)[e]), ferner die Schrift gegenüber dem Papier ꝛc., hier aber ist im römischen Recht die entgegengesetzte Meinung recipirt[f]), dagegen das Gewebe gegenüber der eingewebten Verzierung[g]). Aushülfsweise entscheidet der Umfang und Werth, so bey

---

c) L. 78 D. de solut. (46, 3).

a) L. 23 §. 2 D. de R. V. (6, 1), L. 26 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1). Ueber das Hinzukommen zu einem Ganzen getrennter Sachen, L. 1 §. 3 L. 2. 3 D. de R. V.

b) S. §. 169.

c) L. 5 §. 3 L. 23 §. 4. 5 eod., L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 242 Note x.

d) S. §. 37 Note l.

e) L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 34 I. de rer. div. (2, 1), L. 39 §. 1 D. de H. P. (5, 3). (Bei dem Daguerreotypbilde ist die Silberplatte die Hauptsache: Madai, Archiv für die civ. Praxis XXVI. 8 Num. II [1843]. R.)

f) L. 9 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 33 I. de rer. div. (2, 1).

g) §. 26 I. eod.

der Zusammenschweißung der Metallmassen[h]), und bey dem Schiff soll der Kiel alles übrige nach sich ziehen[i]).

Wenn eine von beiden Sachen eine unbewegliche ist, so erfolgt eine Eigenthumsveränderung nur, wenn die andere integrirender Theil des Grundstücks, also res soli, und eben darum Accession der unbeweglichen geworden ist. Hier ist mithin immer die unbewegliche die Hauptsache. Einzelne Fälle sind: avulsio[k]), plantatio[l]), inaedificatio[m]).

§. 165.

Eine eigenthümliche Veranlassung zu dem Eigenthumserwerb durch Accession tritt ein bey Grundstücken, die an einem öffentlichen Gewässer liegen. Das Bette eines öffentlichen Flusses ist durch den Fluß res publica, und dadurch den anliegenden Grundstücken, als deren Fortsetzung es außerdem zu betrachten ist, entzogen. Diese Eigenschaft tritt hervor, und es fällt daher ins Eigenthum der Anlieger so wie es aufhört, Bette des Flusses zu seyn, ganz (alvei mutatio)[n]), oder theilweise (insula nata)[o]). Eben so läßt

h) L. 27 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), vgl. L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1).

i) L. 61 eod.

k) L. 7 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 2 D. de damno inf. (39, 2).

l) Es kommt auf zwey Punkte an 1) wo die Pflanze steht, 2) daß sie Wurzeln geschlagen habe; ad 1 s. L. 6 §. 2 D. arbor. furtim caes. (47, 7), L. 19 pr. D. comm. div. (10, 3), L. 83 D. pro soc. (17, 2), L. 8 D. de adqu. dom. (41, 1), ad 2 s. L. 7 §. 13 L. 9 pr. eod., §. 31. 32 I. de rer. div. (2, 1).

m) Unbewegliches Gebäude, L. 60 D. de adqu. dom. (41, 1); Eigenthum an dem Ganzen, L. 28 eod., §. 29. 30 I. de rer. div. (2, 1), L. 16 C. de R. V. (3, 32); Eigenthum an dem Material? L. 23 §. 7 D. eod. (6, 1), L. 7 §. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2), §. 29. 30 I. cit., L. 7 §. 10. 11 D. de adqu. dom., L. 7 §. 12 eod.: — si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, — si scit alienum solum esse sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit — —. L. 2 C. de R. V.: — — si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificio alieno solo imposita sint. Vgl. §. 171.

n) L. 7 §. 5 L. 30 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 1 §. 7 D. de flumin. (43, 12).

o) L. 7 §. 3. 4 L. 29. 30 §. 2 L. 56. 65 §. 2. 3 D. de adqu. dom.

sich das allmälige und unmerkliche Anspülen von Land (alluvio) betrachten [p]). Die Beschränkungen dieser Accessionen auf agri arcifinii, ihre Ausschließung bey agri limitati [q]), ist mit diesem Unterschied selbst antiquirt.

4. Erwerb der Erzeugnisse.

§. 166.

Eigenthümer des Erzeugnisses ist der, welcher im Augenblick der Separation (des Moments, von dem sich die Existenz des Erzeugnisses als selbstständiger Sache anhebt) Eigenthümer der erzeugenden Sache war [a]). Aber es giebt Personen, die in Beziehung auf die Erzeugnisse, welche unter den Begriff der Früchte fallen (§. 37), an die Stelle des Eigenthümers treten, und indem sie die Früchte durch Separation erwerben, den Erwerb des Eigenthümers ausschließen [b]). Dieß sind die juristischen Besitzer der Sache, sofern sie ein Recht auf die Früchte haben, wie der Emphyteuta, und der bonae fidei possessor [c]).

(41, 1), (L. 65 §. 4 eod.: Labeo libro eodem: Si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l.) L. 1 §. 6 D. de flumin. (43, 12).

p) L. 7 §. 1 L. 12 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Cod. VII. 41: de alluvionibus etc.

q) L. 16 D. de adqu. dom., L. 1 §. 6. 7 D. de flumin. Puchta, Cursus der Inst. II §. 242 z bis ee.

a) §. 19 I. de rer. div. (2, 1), L. 29 §. 1 D. de pign. (20, 1), L. 2. 6 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 5 §. 2 D. de R. V.: Si equam meam equus tuus praegnantem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est. L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1): — in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis ex quo oriuntur, adspicitur et ideo nemo unquam dubitavit, quin si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret.

b) Dahin gehören nicht die Personen, die erst durch Perception Eigenthümer der Früchte werden, deren Erwerb also einen vorangehenden des Eigenthümers nicht ausschließt §. 150.

c) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1): — bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. — — cum fructuarii quidem non fiant antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt simulatque solo separati sunt.

Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor ist so gestaltet[d]). Er steht dem bonae fidei possessor zu (Usucapionsbesitz schlechthin ist weder hinreichend noch nothwendig)[e]), er geschieht durch Separation[f]), er bezieht sich nur auf die Früchte, nicht auf alle Erzeugnisse,[g]), an jenen giebt er aber sofort das Eigenthum[h]),

---

d) Die verschiedenen Meinungen darüber theilen sich in zwey Hauptclassen: 1) der Besitzer erwirbt durch die Separation nur den Usucapionsbesitz der Früchte, der Eigenthumserwerb hat noch weitere Voraussetzungen, Savigny, R. d. Besitzes §. 22 a. (Windscheid, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. IV. 3 [1847]. R.) 2) er erwirbt durch die Separation das Eigenthum, dieß ist die ältere und herrschende Ansicht, vertheidigt unter Andern von Unterholzner, Archiv für civ. Pr. VIII. 13 (1825), Backe, b. f. poss. quemadmodum fructus suos faciat 1825. Innerhalb derselben sind die Meinungen über Umfang und Modificationen des Erwerbs wieder verschieden, vgl. Göschen, Vorlesungen II §. 282. Puchta, Cursus der Inst. II §. 242 nn—ww. Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVIII. 7. (Beide Meinungen gehen davon aus, daß es sich um den Eigenthumserwerb des Besitzers handle, während vielmehr von seiner Restitutionspflicht [§. 170 u—w vgl. §. 517 b] die Rede ist, welche gerade bei consumirten Früchten, weil deren Restitution nur in baarem Gelde möglich ist, für den Landmann besonders drückend erscheint. R.)

e) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 48 §. 6 de furt. (47, 2). Dieser Umstand schließt die Savigny'sche Ansicht aus. Anders bey den Erzeugnissen, die nicht Früchte sind, und deren Erwerb Usucapion fordert, L. 33 pr. D. de usurp. (41, 3) von Julian, der übrigens auch bey den Früchten eine abweichende Meinung hatte, L. 25 §. 2 D. de usur. (22, 1). (Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu L. 48 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1) vgl. v. Scheurl, Beitr. S. 207. 208. R.)

f) L. 13 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 25 §. 1 D. de usur. (Note c). Aus dem Erforderniß vollständiger Separation erklärt sich L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint. quod verum est. (Vgl. Rudorff zu Puchta, Vorles. ed. 4. §. 166. Note 3. R.)

g) S. Note h. Auf die Industrialfrüchte beschränkt den Eigenthumserwerb irrig Unterholzner a. a. O. Wegen L. 45 D. de usur. (22, 1) s. Note i.

h) L. 28 D. de usur. (22, 1). In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. — L. 48 §. 5. 6 D. de furt. (47, 2): Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem con-

nur befreit dieses nicht von der Restitutionspflicht gegenüber der Vindication der Sache (§. 170)[i]). Und so ist die Bedeutung dieses Fruchterwerbs die, daß der Eigenthümer der Sache von dem bonae fidei possessor mit der Vindication der Sache selbst auch die separirten Früchte, wenn sie noch vorhanden sind, fordern kann, aber wegen dieser keine besondere Vindication hat, und das heißt eben: nicht er, sondern der b. f. possessor ist Eigenthümer derselben durch die Separation geworden.

IV. Schutz des Eigenthums.

§. 167.

Das Eigenthum wird geltend gemacht gegen den, der es verletzt, 1) mit einer Klage, die verschieden ist theils nach Beschaffenheit der Verletzung — bey totaler Verletzung (Besitzentziehung) Vindication der Sache, bey partieller Vindication der Libertas Rei, Negatoria — theils nach der Begründung: wahre Eigenthumsklage oder Publiciana Actio; 2) mit der Einrede, exceptio domi-

---

cepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem, sed in hoc posteriori casu furti actio cessat. Sed si concepit apud b. f. possessorem ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus servandum est et in foetu eorum, quod in partu. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

i) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. — Einfluß der Arbeit des Besitzers und der Consumtion: L. 45 D. de usur. (22, 1): Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo, nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur. L. 46 eod.: Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminuere debere. §. 35 I. de rer. div. (2, 1): Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus licet consumti sint, cogitur restituere.

nii, gegen einen Anspruch, von dem der Eigenthümer als solcher befreit, dessen Erhebung also eine Verletzung des Eigenthums ist[a]).

A. Eigenthumsklagen.

1. Rei vindicatio[a]).

§. 168.

Der Grund der R. V. ist das Eigenthum[b]), dieß ist daher auch der Gegenstand des Beweises, welcher dem Kläger obliegt[c]), Veranlassung der Klage ist die Besitzentziehung, Beklagter ist daher der Besitzer, gleichviel aus welchem Grund er besitze[d]).

---

a) Z. B. L. 16. 17 D. de publ. act. (6, 2).

a) Dig. VI. 1., Cod. III. 32: de rei vindicatione. Vgl. Wetzell, der röm. Vindicationsproceß 1845.

b) L. 23 pr. D. h. t.: In rem actio competit ei qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisivit. Eigenthum zur Zeit der Litiscontestation L. 23 D. de iud. (5, 1), wenn mit Angabe einer bestimmten Erwerbsart geklagt ist, cap. 3 de sent. et re iud. in VI. (2, 14).

c) Bey einer derivativen Erwerbung daher auch das dominium auctoris, L. 20 pr. §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), welcher Schwierigkeit eine originäre und namentlich die Usucapion (deren vornehmster Zweck dieß ist) überhebt, L. 1 D. de usurp. (§. 155 Note b). Die vorübergehende Wiederaufnahme einer schon im Mittelalter verworfenen Meinung: das dominium auctoris brauche nicht bewiesen zu werden, von Thibaut, Archiv für civ. Praxis VI. 15 (1823), wogegen unter vielen Andern zu vergleichen sind Unterholzner, daselbst VII. 13 (1824) und v. Falkenstein, daselbst X. 11 (1827) — hat einige Schriftsteller zu der großen Verkehrtheit hingerissen, die Existenz einer von der Publiciana verschiedenen Eigenthumsklage ganz zu leugnen, ein Einfall, der in seiner Ausführung und Begründung natürlich noch eine Kette weiterer Abentheuerlichkeiten in seinem Gefolge hat, s. z. B. Henschel, Archiv für civ. Pr. IX. 16 (1826), Kritz, über die Vind. und die Publ. Klage 1831, v. Tigerström, die b. f. possessio 1837. — Die Vorschrift der Nov. 18 c. 10, daß der Besitzer, welcher das Eigenthum des Klägers geleugnet hat, nach dem von diesem geführten Beweis mit keinen Einreden aus einem besondern Recht weiter gehört, sondern auf eine separate klagweise Ausführung dieses Rechts verwiesen werden soll, hängt wesentlich mit der Einrichtung des damaligen Verfahrens (Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I §. 23) zusammen, und fällt mit dieser heutzutage hinweg.

d) L. 9 D. h. t. (6, 1), L. 1 C. ubi in rem actio exerceri debeat (3, 19). (Kori im Archiv für die civ. Praxis XXVII. 8 [1844]. R.) — Laudatio auctoris von Seiten des in fremdem Namen Besitzenden, L. 2 C. eod. (Constantin.) Bethmann-Hollweg, Versuche über d. Civilproc. S. 59.

Als Besitzer fingirt wird, wer 1) liti se obtulit[e]), 2) dolo desiit possidere[f]). Wer ohne Dolus aufgehört hat zu besitzen, haftet der Klage nicht mehr[g]). Ableugnung des Besitzes hat dessen Uebertragung an den Kläger zur Folge[h]). Auf keine Weise kann der Besitzer Kläger seyn[i]).

§. 169.

Gegenstand der Klage, der speciell und möglichst genau von dem Kläger zu bestimmen ist[k]), können nicht bloß einfache Sachen,

---

Vgl. Vangerow, Leitfaden I S. 575. — Zeit des Besitzes, L. 27 §. 1 L. 42. 51. 55 D. h. t.

e) L. 25. 26. 27 pr. eod.

f) L. 27 §. 3 L. 36 pr. eod., L. 131 D. de R. I. (50, 17): — pro possessione dolus est. Vgl. L. 20 §. 6 L. 25 §. 8 D. de H. P. (5, 3). — Wenn der Empfänger die Sache usucapirt hat, L. 4 pr. D. de alien. iudicii mut. c. (4, 7). — Durch die Condemnation des fictus wird der verus possessor nicht befreit, L. 7 D. h. t., L. 95 §. 9 D. de solut. (46, 3), vgl. Vangerow, Leitfaden I S. 577. (Durch das Veräußerungsverbot Nov. 112 c. 1 sind diese Bestimmungen keineswegs außer Kraft gesetzt, wie man behauptet hat [Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXV S. 444], sondern nur um eine neue blos den anhängigen Proceß betreffende vermehrt worden. R.)

g) Vgl. L. 27 §. 1 D. h. t. (6, 1). Condictio auf die Bereicherung, L. 23 D. de reb. cred. (12, 1), L. 1 C. de reb. al. non alien. (4, 51).

h) L. 80 D. h. t. (6, 1): In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit. Vgl. Rudorff, über das interd. quem fundum etc., Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX. 2.

i) L. 1 §. 6 D. uti poss. (43, 17), §. 2 I. de action. (4, 6): — — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke, probab. de uno casu etc. 1839. Fritz, Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Neue Folge I. 2 (1844). Man hat die Aeußerung auf die actio confessoria und negatoria beziehen wollen, denen sie aber vielmehr in der Stelle entgegengesetzt wird, oder auf eine angebliche Vindication von Nebenprästationen, die noch rückständig sind (Douiatii d. de uno casu etc. Theoph. ed. Reitz p. 1222 sqq.), nach L. 27 D. de solut. (46, 3) und ähnlichen Stellen, die aber alle von persönlichen Klagen sprechen. Die Institutionenverfasser meinen L. 3 pr. D. uti possid., vgl. L. 15 §. 4 D. de prec. (43, 26), Puchta, Cursus der Inst. II §. 232 Note e. (Zimmermann, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XI Num. 8. R.)

k) L. 6 D. h. t. (6, 1). Auch bey der Klage aus dem Miteigenthum muß die Quote angegeben werden, nur ausnahmsweise bey einer iusta causa

sondern auch universitates rerum seyn [l]). Die Sache muß aber eine selbstständige Existenz haben; solange sie körperlicher Theil einer andern ist, ist sie (auch wo dadurch das Eigenthum nicht verändert wird) der unmittelbaren Vindication entzogen, diese muß durch die actio ad exhibendum auf Trennung vorbereitet werden [m]). In einem Fall fällt auch dieser Antrag auf Trennung weg, bey einer in ein Haus oder einen Weinberg verbrauchten Sache, deren Trennung Haus oder Weinbau gefährden würde [n]). Der Eigenthümer muß sich, wenn der Besitzer nicht selbst die Trennung vorzieht, mit dem Doppelten des Werths (worauf er die actio de tigno iuncto hat) begnügen [o]), oder die künftige Trennung ohne sein Zuthun abwarten, und auch diese berechtigt ihn noch nicht zur Vindication, wenn sie nur vorübergehend zu sofortiger Wiedereinfügung geschah, und durch die Wegnahme dem Haus oder Weinbau Gefahr drohen würde.

§. 170.

Der Kläger fordert die Restitution der Sache cum omni causa [p]). Die Sache restituiren heißt den Kläger zum Besitzer machen [q]); erfolgt die Restitution nicht, aus einem Grund, für den der Beklagte einzustehen hat, so kann der Kläger die Aestimation fordern [r]), deren Empfang wie eine Abtretung der Sache an den

---

ignorantiae wird eine vindicatio incertae partis zugelassen, L. 3 §. 2 L. 76 §. 1 eod., L. 1 §. ult. D. si pars her. (5, 4), L. 8 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

l) L. 1 §. 3 L. 2. 3 pr. D. h. t. (6, 1), L. 3 §. 1 eod.: Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur. L. 56 eod. — Nicht Quantitäten, wie Mühlenbruch (Lehrbuch §. 270) glaubt, welcher Gegenstand der Vindication und Gegenstand der Condemnation verwechselt.

m) L. 23 §. 5 eod., L. 6 D. ad exhib. (10, 4). S. §. 397.

n) Dig. XLVII. 3: de tigno iuncto. L. 23 §. 6 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (46, 1). Huschke, ad legem XII tab. de t. i. commentatio 1837.

o) Puchta, über die a. de t. i., Kleine civil. Schriften 1851. S. 392 ff.

p) §. 2 I. de off. iud. (4, 17), L. 17 §. 1 D. h. t. (6, 1), L. 246 §. 1 D. de V. S. (50, 16): Restituit non tantum qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, et tota restitutio iuris est interpretatio.

q) L. 22 eod. Ort der Restitution, L. 10–12 D. h. t. (6, 1).

r) L. 68 eod.: Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab

Beklagten, mit Ausnahme dessen, der sich dolose des Besitzes entäußert hat, behandelt wird[s]). Die causa rei besteht in dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn er gar nicht zur gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts veranlaßt worden wäre[t]). Die Früchte insonderheit hat der malae fidei possessor alle zu restituiren, percepti und percipiendi[u]), der bonae fidei possessor nur die zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen, nach der L. C. alle[v]). Die Restitution der causa kann ebenfalls entweder Naturalrestitution (so bey vorhandenen Früchten), oder Leistung der Aestimation seyn; sofern ihr noch ein Hinderniß entgegensteht, kann wie auch bey der Restitution der Sache einstweilen Caution an ihre Stelle treten[w]).

§. 171.

Der Grund, auf welchen der Beklagte besitzt, befreit ihn nicht von der Uebernahme der Klage (§. 168), aber er kann ihm eine

eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est i. e. quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. L. 13. 15 §. 1 L. 21. 36 §. 1 eod. Ueber die Prästation des Zufalls L. 15 §. 3 L. 16 pr. 21. 62 pr. eod., L. 40 pr. D. de H. P. (5, 3). Culpa vor der Litiscontestation, L. 31 §. 3 eod.: Sicut autem sumtum quem fecit, deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est. tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem, postea vero et ipse praedo est.

s) L. 7. 46. 47. 63. 69. 70 D. h. t. (6, 1).

t) L. 75 D. de V. S. (50, 16): Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. L. 81 eod.: verbo restitutionis omnis utilitas actoris continetur. L. 35 eod., L. 17 §. 1 L. 20 D. h. t. (6, 1).

u) L. 22 C. h. t. (3, 32). Begriff der fr. percipiendi, L. 62 §. 1 D. h. t. (6, 1), vgl. L. 33 eod. (Savigny, System VI §. 267. R.) Nicht Zinsen von ungebrauchtem Geld, L. 62 pr. eod. (Savigny a. a. O. §. 271. R.) — Besondere Condictio der fructus consumti, L. 22 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

v) L. 22 C. cit., L. 25 §. 7 D. de H. P. (5, 3): — post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse. — Begriff der percipiendi bey dem b. f. possessor (nach der L. C.), L. 2 C. de fructib. (7, 51).

w) L. 45 D. h. t. (6, 1), L. 21 eod.

Exceptio gegen dieselbe geben, indem er den Anspruch des Klägers ungeachtet seiner Begründung widerrechtlich machen kann, so wenn der Beklagte vermöge eines ius in re das Recht zu besitzen hat, oder der Kläger vermöge eines obligatorischen Verhältnisses zwischen ihnen verpflichtet ist, ihm die Sache zu lassen. Eine solche Exceptio ist die exceptio rei venditae et traditae[x]). Sie findet Statt, wenn dem Besitzer (oder seinem Auctor) die Sache von dem Kläger (oder seinem Auctor) ex iusta causa tradirt worden, aber wegen eines besondern Hindernisses das Eigenthum nicht übergegangen ist, sey es weil der Tradent damals nicht Eigenthümer war[y]), oder weil der Kaufpreis weder sofort bezahlt noch creditirt wurde[z]).

Die Verwendungen auf die zu restituirenden Früchte mindern diese selbst[aa]). Wegen der auf die Sache gemachten hat jeder Beklagte (mit Ausnahme des Diebs) die exceptio doli auf Ersatz, wenn sie zur Erhaltung der Sache oder ihrer Integrität nothwendig waren (impensae necessariae)[bb]), der bonae fidei possessor

x) Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae. (Eine besondere Bearbeitung hat versucht: F. Wiebeking, über die exc. r. v. et traditae nach älterm und neuerm R. R. 1847. R.)

y) L. 1 pr. §. 1 eod., L. 4 §. 32 D. de exc. doli (44, 4): Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Mevio vendiderit et tradiderit, Iulianus ait, aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem: si non suus esset, replicatione utereris, ut per hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. Dieselbe Entscheidung kommt fast wörtlich noch zweimal vor: L. 72 D. de R. V. (6, 1), L. 2 D. de exc. rei vend.

z) L. 1 §. 2. 3 eod. Was von dieser gesetzlichen Suspendirung des Eigenthums, muß auch von einer Suspensivbedingung pendente conditione gelten, L. 7 §. 3 in f. D. de iure dot. (23, 3). — Ob die römischen Juristen noch andere Exceptionen der Empfänger gegen ihre Tradenten gerade unter die obige gerechnet haben, ist ungewiß: manche Neuere scheinen zu übersehen, daß zwar die exceptio rei venditae et traditae immer auch als doli exceptio gefaßt werden konnte, aber nicht auch umgekehrt.

aa) L. 1 C. de fruct. (7, 51), L. 46 D. de usur. (22, 1).

bb) L. 38 D. de R. V. (6, 1), L. 5 C. eod. (3, 32), L. 1 C. de infant. exp. (8, 52). Ueber die Begriffe imp. nec., utiles, volupt. s. Dig. XXV. 1: de imp. in res dot. factis. L. 79 D. de V. S. (50, 16). Auch der Preis,

auch, wenn sie den Ertrag der Sache erhöht haben (impensae utiles), wegen dieser hat der malae fidei possessor, und wegen aller andern (voluptariae impensae) hat jeder Besitzer nur das ius tollendi [cc]). Gegen den bonae fidei possessor kann der Eigenthümer die von ihm lucrirten Früchte in Aufrechnung bringen [dd]).

2. Negatoria in rem actio [a]).

§. 172.

Vindication der Sache setzt Vorenthaltung des Besitzes voraus, für Eigenthumsverletzungen anderer Art ist eine Vindication der libertas rei gegeben, die sich in der Negation eines Rechts des Beklagten ausspricht, und darum negatoria oder negativa in rem actio heißt. In Veranlassung und Gegenstand unterscheidet sich diese Klage von der rei vindicatio, nicht in ihrem Grund; dieser ist dort wie hier das Eigenthum [b]), und dieses ist daher auch, wenn es dem Kläger bestritten wird, der Gegenstand des ihm obliegenden Beweises [c]). Die Behauptung eines Rechts, namentlich

---

um den der Besitzer die Sache erworben, kann unter Umständen zu den necessariae impensae gehören, bloß unter diesem Titel kann sein Ersatz gegenüber der Vindication gefordert werden, L. 3. 23 C. de R. V. (3, 32), doch s. noch L. 14. 16 C. de praed. min. (5, 71). (Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten [Impensen, actio de in rem verso, negotiorum gestio], civilist. Studien. Heft 2 1855. S. 11 bis 58. R.)

cc) L. 37. 38 D., L. 16 C. de R. V., L. 8. 9 D. de impens. (25, 1).

dd) L. 48 D. de R. V. (6, 1). (Ueber das Princip der Ersatzpflicht [daß Niemand sich mit fremdem Schaden bereichern dürfe] L. 14 D. de cond. indeb. [12, 6], vgl. Sell's Jahrb. III. 8. [1844]. R.)

a) Dig. VII. 6: si ususfructus (petatur vel) ad alium pertinere negetur. VIII. 5: si servitus (vindicetur vel) ad al. pert. negetur. Für eine besondere Klage hält Zachariä (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 8 — 1844 —) die prohibitoria actio, die in den byzantinischen Rechtsquellen vorkommt. (Vgl. dagegen: Rudorff zu Puchta, Cursus der Inst. II §. 232 aa. Stephan, in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. 8 [1847]. Schmidt von Ilmenau, daselbst XV. 6 [1849]. R.)

b) Nicht die Freiheit des Eigenthums, wie Viele in Folge einer nicht ungewöhnlichen Verwechselung des Grundes einer Klage mit ihrem Gegenstand oder ihrer Veranlassung geglaubt haben. Puchta, Kleine civil. Schriften 1851. S. 148 ff. Cursus der Inst. II §. 229 bey Note y.

c) L. 2 pr. D. si serv. (8, 5): De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent, tam

einer zu der Handlung, welche die Klage veranlaßt, berechtigenden Servitut von Seiten des Beklagten (eine Behauptung, die übrigens keine wesentliche Bedingung der Negatoria ist)[d]), ist eine Einrede, deren Beweis natürlich ihm obliegt[e]). Die Klage geht auf Wie-

---

confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat. L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6): Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire, de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen eo iure quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. Die Gewohnheit, die Negatoria zu den Servitutenklagen zu stellen, ist recht dazu geeignet, unrichtige Vorstellungen von ihrer Natur zu erzeugen.

d) (Puchta, Kleine civil. Schriften 1851. S. 148 ff. Vangerow, Leitfaden I S. 706 — die entgegengesetzte Meinung vertheidigt mit guten Gründen Schmidt von Ilmenau, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XV. S. 170—175 [1849]. R.)

e) Die Meinung, dem Negatorienkläger vielmehr liege der Beweis der Freiheit seiner Sache von der angeblichen Servitut ob, oder sollte ihm wenigstens consequent obliegen, ist der Hauptirrthum, welcher in dieser Lehre, sonst häufiger als jetzt, vorkommt. Aus der überaus umfangreichen Literatur dieser Streitfrage sind für das im Allgemeinen richtige Resultat (wenn auch nicht überall für die richtige Begründung desselben) hervorzuheben Hufeland, Beiträge IV. 10. Esser, über die Beweislast bey Servitutenklagen 1826. Francke, Archiv für civ. Pr. XXI. 1 (1838). Mühlenbruch, Lehrbuch §. 292. (C. H. Pernice, comment. iur. rom. 1855. p. 129 ff. R.) Man hat für die Frage gebraucht außer L. 8. 14 D. de probat. (22, 3), L. 7 §. ult. D. de lib. causa (40, 12), die von den Klagen aus dem Status der Freiheit, Ingenuität, Selbstständigkeit handeln, besonders L. 8 §. 3 D. si serv. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. L. 15 D. de O. N. N. (39, 1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se

derherstellung, Schadenersatz, künftige Unterlassung der Störung, Caution deshalb[f]).

B. Publiciana in rem actio[a]).

§. 173.

Wer die vollendete Usucapion für sich anführen kann, hat damit einen vollkommenen Beweis seines Eigenthums gewonnen, aber auch dem, der nur eine angefangene Usucapion nachweist, ist eine der Eigenthumsklage nachgebildete, auf der Fiction der vollendeten Usucapion beruhende Klage gegeben[b]). Diese Publiciana Actio steht in Beziehung auf Veranlassung, Beklagten und Gegenstand der Eigenthumsklage gleich[c]). Der Unterschied liegt in dem Grund der Klage, welcher nicht das Eigenthum, sondern der Usucapionsbesitz ist: Besitz mit iusta causa[d]) und bona fides[e]) an einer usucapionsfähigen Sache[f]). Daher liegt dem Kläger nur

---

nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare, necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 233 Note b §. 253 a. E.

f) L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6), L. 4 §. 2 L. 12. 14 pr. D. si serv. (8, 5).

a) Dig. VI. 2: de publ. in rem actione.

b) §. 4 I. de action. (4, 6), L. 7 §. 6 D. h. t. (6, 2): Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

c) L. 7 §. 8 eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

d) Das prätorische Edict lautete beschränkt: si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. L. 1 pr. eod. Qui bona fide emit, L. 7 §. 11 eod. Aber jeder Titel, derivativer und originärer, ist zur Begründung der Klage tauglich, L. 1 §. 2 L. 2. 3 pr. eod., L. 13 pr. eod.: Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. L. 7 §. 2 eod.: Marcellus lib. XVII. Digestorum scribit, eum qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. ergo et Publicianam habebit. Damit steht nicht in Widerspruch L. 2 §. 16 D. pro emt. (§. 156 Note d). Puchta, Cursus der Inst. II § 233 Note g. Besitz ist nicht überall erforderlich, L. 12 §. 1 L. 15 D. h. t. (6, 2), vgl. L. 7 §. 16 eod.

e) L. 7 §. 11—15. 17 eod. Die bona fides kommt nur als Element des erworbenen Usucapionsbesitzes zur Sprache, nicht als selbstständiges Erforderniß, welches daher fortdauern müßte (wie bey dem Fruchterwerb).

f) L. 9 §. 5 L. 12 §. 4 eod., L. 12 §. 2. 3 eod.: In vectigalibus et

der Beweis des Titels und des Besitzerwerbs ob, wo dieser zu den Erfordernissen der Eigenthumserwerbsart, die den Titel bildet, gehört. Auf der andern Seite ist die Klage unwirksam, wenn der Beklagte ein höheres oder ein gleiches Recht wie der Kläger hat, es steht ihr also die exceptio dominii[g]), und die exceptio bonae fidei possessionis entgegen[h]), wegen der Zulässigkeit dieser letzteren hat die Publiciana geringere Kraft als die Rei Vindicatio[i]). Wie als Vindication der Sache, ist die Publiciana auch als Negatoria zuzulassen, d. h. der Negatorienkläger kann seine Klage durch den Beweis des Usucapionsbesitzes begründen[k]).

---

in aliis praediis quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

g) L. 16. 17 eod. Es ist indessen möglich, daß diese exceptio durch eine replicatio doli entkräftet werden kann, L. 28 D. de nox. act. (9, 4), L. 4 §. 32 D. de exc. doli (44, 4), s. §. 171 Note g. — L. 57 D. mand. (17, 1): Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit, sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non *(in-)* utiliter (Basil. *καλῶς*) acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur, neque oporteat eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno (Papin.). Cuiac. obs. X. 6. (Savigny, System VII [1848] Beilage XIX. R.)

h) Wenn zwey Usucapionsbesitzer einander gegenüberstehen, ein ehemaliger und ein gegenwärtiger, so siegt der letztere, ausgenommen, wenn ihm (aus der Person seines Vorgängers) die replicatio rei venditae et traditae entgegensteht, L. 9 §. 4 D. h. t. (6, 2): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Iulianus lib. VII. digestorum scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est (Ulpian.). Eine andere, sicher unrichtige Meinung trägt Neratius vor, L. 31 §. 2 D. de A. E. V. (19, 1): Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

i) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 233 p.

k) Puchta, üb. die Negatorienklage, Kleine civil. Schriften S. 148 ff.

Drittes Kapitel.

Das Recht der Superficies und Emphyteusis.

Allgemeines.

§. 174.

Gewissen Vermiethungen und Verpachtungen ist nicht bloß die Wirkung einer Obligatio, sondern auch die eines dinglichen Rechts beigelegt. Dieß ist der Ursprung des superficiarischen und emphyteutischen Rechts. Das Gemeinschaftliche beider Rechte besteht in einer bedeutenden Annäherung an das Eigenthum, — in dem Grad, daß man ihren Charakter als iura in re öfters verkannt, und sie für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten hat. Diese Annäherung liegt theils in den Befugnissen vollständiger Benutzung und an sich fast unbeschränkter Einwirkung auf die Sache, theils in der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit. Am entschiedensten hebt sich das superficiarische Recht von dem Eigenthum ab, indem die Herrschaft, die es gewährt, auf das Gebäude, die Superficies sich beschränkt[a]). Das emphyteutische Recht ist nicht durch den Gegenstand der Herrschaft von dem Eigenthum verschieden, und daher ist zwischen dem Emphyteuta und dem Superficiarius der Unterschied, daß jener corporis possessor, dieser nur Quasibesitzer des Rechts ist. Es war denn auch schon bey den römischen Juristen ein Zweifel entstanden, ob der Emphyteuta (oder der Besitzer des ager vectigalis, an dessen Recht sich das emphyteutische anschließt) nicht als Eigenthümer zu behandeln sey[b]), und noch der Kaiser Zeno hat geglaubt, ihn durch ein Gesetz beseitigen zu müssen[c]). Der Unter-

---

a) L. 2 D. de superf. (43, 18): Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius est solum.

b) Gai. III. 145.

c) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66): Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam — —. Ueber seine Eigenschaft als ius in re s. auch L. 1 §. 1 D. si ager vect. (6, 3), L. 10 D. fam. erc. (10, 2), L. 3 §. 4 D. de rebus eor. (27, 9), L. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. (30), L. 15 §. 26. 27 D. de damno inf. (39, 2).

schied von dem Eigenthümer beruht vornehmlich auf den Verbindlichkeiten, die dem Emphyteuta gegenüber dem Eigenthümer obliegen, und in denen er ein fremdes, durch sein Recht nur beschränktes, nicht aufgehobenes Eigenthum anerkennt.

Der heutige Gebrauch des Instituts der Superficies und die Anwendbarkeit der römischen Theorie desselben ist nicht zu bezweifeln. Zweifelhafter muß die Frage in Beziehung auf die Emphyteuse erscheinen. Dieses Institut und seine Ausbildung in der römischen Gesetzgebung hängt so eng mit damaligen politischen Zuständen zusammen, daß die Anwendung auf heutige, äußerlich ähnliche Verhältnisse, die gewöhnlich behauptet und auch wohl durchgesetzt wird, nur als eine analoge, als eine Uebertragung auf Fälle wesentlich verschiedener Natur gelten kann (§. 176).

Superficies[a]).

§. 175.

Die allgemeine Natur der Superficies besteht darin, daß sie das veräußerliche und vererbliche Recht ist an einem fremden Gebäude auf vollständige Benutzung desselben und mit der Verbindlichkeit, die öffentlichen Abgaben zu tragen, geschützt durch eine in rem actio nach Analogie der Eigenthumsklage[b]), und im Fall der Tradition ex iusta causa durch die Publiciana (bey welcher das Eigenthum des Bestellers nicht bewiesen zu werden braucht)[c]). Die weiteren Befugnisse und Verbindlichkeiten des Superficiarius hängen von dem constituirenden Rechtsgeschäft (theils seiner allgemeinen Natur, theils seinen besonders beliebten Bestimmungen) ab. Das Recht kann durch Testament oder Vertrag errichtet werden[d]), der Vertrag kann Schenkung, Kauf, Miethe ꝛc. seyn. Auf

a) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. Vgl. Rudorff, Beitrag zur Geschichte der Superficies, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI. 7. (Niegolewski, de iure superficiario. 1845. R.)

b) L. 1 pr. §. 1. 3 eod., L. 73 §. 1 L. 74. 75 D. de R. V. (6, 1).

c) L. 12 §. 2. 3 D. de Publ. act. (6, 2).

d) Auch in dem letzteren Fall ist das Erforderniß der Tradition zur Entstehung des dinglichen Rechts weder im geschriebenen Recht aufgestellt, noch aus innern Gründen zu behaupten. Eben so wenig ist eine Entstehung durch Ersitzung anzunehmen, gegen welche auch L. 26 D. de usurp. (41, 3): Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest, einen Grund giebt, s. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 244. Note 1.

den speciellen Inhalt des Rechts wird es nicht ohne Einfluß seyn, ob es an einem stehenden Gebäude gegeben wird (bey der Miethe wird eine längere Zeit vorausgesetzt)[e]), oder an einem erst von dem Berechtigten auf dem fremden Boden zu errichtenden[f]).

Emphyteusis[a]).

§. 176.

Gegenstand des emphyteutischen Rechts sind seiner ursprünglichen Natur nach Grundstücke, die der Agricultur bestimmt sind[b]), die Anwendung auf bloße Gebäude, die allerdings im späteren römischen Recht vorkommt[c]), ist eine Anomalie. Die römische Theorie setzt als den regelmäßigen Fall den voraus, daß durch die Bestellung der Emphyteusis selbst weder der Emphyteuta bereichert wird (wegen der Höhe seiner Leistungen), noch der Eigenthümer verliert (vermöge der Aequivalente, die er in den Prästationen des Emphyteuta für die eingeräumte Benutzung erhält), auf gleiche Weise wie bey dem gewöhnlichen Pachtcontract[d]), nur daß die Dauer und der dingliche Schutz des Rechts den Emphyteuta vortheilhafter als einen gewöhnlichen Pächter, den Eigenthümer nachtheiliger als einen bloßen Verpächter stellt oder (denn nach den factischen Umständen kann sich das auch umkehren) stellen kann.

Zu Gunsten des Emphyteuta enthält das Rechtsverhältniß das

---

e) L. 1 §. 3 h. t. (43, 18).

f) Hier wird der Vertrag gewöhnlich den Charakter einer Miethe des Bodens zu jenem Behuf haben, der Miethzins heißt hier solarium, L. 15 D. qui pot. (20, 4), L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

a) Dig. VI. 3: si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. IV. 66: de iure emphyteutico. XI. 61: de fundis patrimonial. et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. Inst. III. 24: de locatione et conductione, §. 3. — Vuy, de orig. et natura iuris emphyt. rom. 1838. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 245. (Arndts, die Emphyteuse, in Weiske's Rechtslexicon III S. 849—884. R.)

b) Dieß schließt auch die darauf befindlichen Gebäude ein, L. 15 §. 26. 27 D. de damno inf. (39, 2).

c) Nov. 7 c. 3 §. 2. Nov. 120 c. 1 §. 2.

d) Dieß ist auch durch das Gesetz des Kaisers Zeno nicht verändert, das allerdings nicht bloß die Natur des dinglichen Rechts betrifft (§. 174 Note c), sondern auch das obligatorische Verhältniß im Auge hat, ohne aber darum die Analogie des Pachtvertrags für durchaus unanwendbar zu erklären.

Recht vollständigster Benutzung des Guts, Vererbung[e]) und Veräußerung[f]), Bestellung von iura in re auf die Dauer des emphyteutischen Rechts an der Sache[g]), emphyteuticaria in rem actio gegen jeden Verletzer[h]), im Fall des Ueberkommens durch Tradition und bona fide Publiciana[i]), interdictum de loco publico fruendo[k]), Berechtigung zu den die Sache betreffenden Klagen an der Stelle des Eigenthümers[k*]).

Zu Gunsten des Eigenthümers ist bestimmt das Recht des Vorkaufs, zu welchem Behuf eine Anzeige des beabsichtigten Verkaufs an ihn gemacht werden muß[l]), das Recht einer Quote des Preises, der gegeben worden ist oder hätte erlangt werden können bey dem Uebergang der Emphyteusis auf einen andern durch Singularsuccession[m]), die Ausschließung der Dereliction[n]), die unveränderte Dauer des Verhältnisses bey theilweisem Untergang der Sache[o]), das Recht der Privation (§. 177).

---

e) §. 3 I. de loc. (3, 24). Die Beschränkung der Vererblichkeit kirchlicher Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. ist wieder aufgehoben, Nov. 120 c. 6 §. 1.

f) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66). Keine körperliche Theilung ohne Zustimmung des Eigenthümers, L. 7 pr. D. comm. div. (10, 3).

g) L. 1 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 31 D. de pignor. (20, 1).

h) L. 1 §. 1 L. 3 D. si ager vect. (6, 3).

i) L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2).

k) Dig. XLIII. 9: de loco publico fruendo. (Vorausgesetzt, daß er die Abgabe selbst gepachtet hat, denn das Interdict ist nur dem Zehntpächter gegeben. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtsw. XI. S. 338—340. R.)

k*) (Zur actio communi dividundo, L. 7 pr. D. comm. div. [10, 3], finium regundorum, L. 4 §. 9 D. fin. reg. [10, 1], aquae pluviae arcendae, L. 23 §. 1 D. de aqua pluv. [39, 3], arborum furtim caesarum, L. 5 §. 3 D. arb. furt. [47, 7], [utilis] petitio servitutis, L. 16 D. de serv. [8, 1]. R.)

l) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

m) L. 3 C. cit. Der Verkauf der Emphyteusis ist nach dem römischen System ein Verkauf der Meliorationen (ἐμπονήματα), welche das Gut seit dem Bestehen des Rechts durch die Besitzer erhalten hat, und von ihrem Werth wird daher jene Quote (Handlohn, Laudemium) berechnet. Der Eigenthümer erhält diese Abgabe auch von dem Singularsuccessor ex causa lucrativa, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß das Object, von dem sie nach römischem Recht gegeben wird, existirt. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Glück, Comment. VIII §. 613.

n) L. 3 C. de fundis patrim. (11, 61). Viele sehen dieß mit Unrecht als eine Ausnahme bey kaiserlichen Emphyteusen an.

o) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66).

Die Hauptverbindlichkeiten des Emphyteuta sind: Tragung der öffentlichen Abgaben, worüber er die Quittungen alljährlich dem Eigenthümer vorzulegen hat[p]), und Leistung der constituirten jährlichen Abgabe an den Eigenthümer (canon, pensio). Dieser Canon hat die Natur eines Pachtzinses, und unterliegt daher der Remission wegen außerordentlicher, die Früchte treffender Zufälle[q]).

§. 177.

Die Emphyteusis wird errichtet durch Testament oder durch Vertrag (Tradition ist als Bedingung des dinglichen Rechts nirgends vorgeschrieben), Abweichungen von dem regelmäßigen gesetzlichen Inhalt des Rechts können nur durch schriftlich abgefaßte Uebereinkunft begründet werden[r]), außerdem ist für die Errichtung kirchlicher Emphyteusen ein schriftlicher Vertrag nothwendig[s]). Ersitzung ist keine Errichtungsart der Emphyteusis, obwohl das schon bestehende emphyteutische Recht durch ordentliche und außerordentliche Ersitzung auf einen Andern übergehen kann[t]). Aufgehoben wird die Emphyteusis außer den allgemeinen Gründen (Untergang der Sache, Confusion, Ablauf der bestimmten Zeit, Uebereinkunft) durch den unbeerbten Tod des Emphyteuta[u]), und durch Entsetzung

p) L. 2 C. eod.

q) L. 15 §. 4 D. loc. (19, 2): — — hoc idem et in vectigalis damno respondit (τοῦτο γὰρ καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικοῦ ἐστιν Basil. XX. 1 tom. II p. 348 Heimb. R.) — —. Controverse: ob dieß nicht durch die Bestimmungen der L. 1 C. h. t. über den theilweisen Untergang der Sache (Note o) aufgehoben sey? In der That läßt sich von dem einen nicht auf das andere schließen, s. auch Note d.

r) L. 1—3 C. de iure emphyt. (4, 66). Marezoll, Zeitschr. für Civilr. II. 11.

s) Nov. 7 pr. in fin. Nov. 120 c. 6 §. 2.

t) Vgl. über die verschiedenen Meinungen in dieser Controverse Glück, Comment. VIII §. 609. Unterholzner, Verjährungslehre §. 237—240. Die Stellen des geschriebenen Rechts, die von der Ersitzung sprechen, reden alle von Grundstücken, die für dieses Verhältniß schon bestimmt sind. So L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), welche die usucapio ausschließt, L. 14 C. de fundis patr. (11, 61), welche den Besitzer eines emphyteutischen Guts, dessen Eigenthümer Staat, Kirche oder Stadt ist, nach vierzig Jahren in dem emphyteutischen Recht schützt.

u) Wegen der (nur durch Einmischung germanistischer Rechtstheorien entstandenen) Controverse über den Untergang einer bloß auf Descendenten vererblichen Emphyteuse, wenn der letzte Besitzer ohne Descendenz verstorben

des Emphyteuta (Privation), welche dem Eigenthümer wegen Verkaufs ohne Anzeige, wegen Verheimlichung des Preises zur Verringerung des Laudemiums, wegen dreijähriger Versäumung der Pflicht hinsichtlich der öffentlichen Abgaben, und der Pflicht der Entrichtung des Canons zusteht[v]), bey kirchlichen Emphyteusen schon wegen zweijähriger Nichtentrichtung des Canons, und wegen Deterioration des Guts[w]).

Viertes Kapitel.

Die Servituten[a]).

---

1. Grundprincipien[b]).

§. 178.

Servituten sind Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subject: ein persönliches, Servituten für Personen, servitutes personarum, oder ein Sachindividuum, Servituten für Grundstücke, servitutes rerum s. praediorum[c]). Die Grundprincipien derselben fließen theils aus ihrer

---

ist, aber noch Descendenten des ersten vorhanden sind, s. Glück, Comment. VIII S. 522 ff.

v) L. 2. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

w) Nov. 7 c. 3 §. 2. Nov. 120 c. 8, cap. 4 X de locat. (3, 18).

a) Neuere Versuche der Bearbeitung dieser Lehre: Luden, die L. von den Servituten 1837. Hoffmann, die L. v. d. Serv. nach R.R. 1838. 1843. (Rud. Elvers, die röm. Servitutenlehre I 1854. R.)

b) Puchta, Cursus der Inst. II §. 252.

c) v. Löhr, Magazin III S. 486 ff. (1820). (Elvers a. a. O. S. 38. 43. 48. 52. 310 nimmt noch das Moment einer Herrschaft „über eine einzelne als selbstständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache" in die Definition auf um: 1) für die Servitut eine unkörperliche Sache als Gegenstand zu gewinnen, 2) dem Widerspruch in der gemeinen Meinung zu entgehen, nach welcher die Servitut Eigenthumsbestandtheil sein soll, während doch das Eigenthum, der Servitutbestellung ungeachtet, vollständig bleibt. Das erste Bedenken beruht auf einer Verwechselung: die Servitut selbst, nicht ihr Gegenstand ist res incorporalis [Note e]. Der Widerspruch ad 2 aber wird nicht dadurch vermieden, daß man der Minderung des Eigenthums eine Minderung der Sache substituirt, sondern daß

Eigenschaft als iura in re, theils aus dem eigenthümlichen Charakter der Servituten selbst. Jene sind drey: 1) nulli res sua servit[d]; 2) servitus servitutis esse non potest[e]; 3) servitus in faciendo consistere nequit[f], keine Servitut kann ein Thun des Eigenthümers der dienenden Sache (abgesehen von dem Gewähren derselben) als Inhalt in sich aufnehmen[g], sondern nur entweder ein Dulden (servitutes quae in patiendo consistunt, positive Servituten), oder ein Nichtthun (serv. in non faciendo, negative Servituten).

Der eigenthümliche Charakter der Servituten besteht in der Gewährung des usus d. h. der Benutzung für ein bestimmtes Individuum, welchem unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache ein Vortheil gewährt werden soll[h]. Daraus

---

man aufhört, die Servitut als Theil, es sei des Eigenthums oder der Sache, zu betrachten. R.)

d) L. 26 D. de S. P. U. (8, 2), L. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3), L. 5 pr. D. si ususfr. (§. 172 Note c). L. 40 D. de S. P. U.: Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse, respondi. Vgl. Schulting - Smallenburg, not. ad h. l., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 275 Note 7.

e) L. 1 D. de usu et usufr. (33, 2), L. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3). Zum Theil hängt dieser Grundsatz auch mit der eigenthümlichen Natur der Servituten, nämlich mit ihrer Unveräußerlichkeit zusammen.

f) L. 15 §. 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Vgl. L. 6 §. 2 D. si serv. (8, 5). Vgl. u. a. Vangerow, Leitfaden I §. 338. Ueber die scheinbare Abweichung bey der serv. oneris ferendi s. unten §. 184.

g) Man hat gegen die Gemeingültigkeit dieses Grundsatzes für Rechte an Sachen überhaupt die Fälle von Verpflichtungen eingewendet, die jeden Besitzer treffen (Mühlenbruch, Lehrbuch §. 275 Note 6), vergessend, daß dieser Einwand die Möglichkeit, diese Präſtationen mit einer Vindication einzuklagen, voraussetzen würde.

h) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1): Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Man hat Anstoß genommen an L. 19 eod., die nur sagt, daß Realservituten von dem persönlichen Vortheil des derzeitigen Eigenthümers unabhängig sind, s. §. 183 Note c. (Der im Text vertheidigten Ansicht ist

folgt 1) die Unübertragbarkeit des Rechts auf ein anderes Subject, bey Personalservituten auf eine andere Person[i]), bey Realservituten auf ein anderes Grundstück[k]); 2) die Unübertragbarkeit sogar der

---

widersprochen von Scheurl, Zeitschr. für gesch. R. W. XV Num. 2 [1848], welcher die Beschränkung auf die unmittelbaren Vortheile der dienenden Sache nur für Prädialservituten gelten läßt. Vgl. §. 183 Note c. R.)

i) §. 3 I. de usufr. (2, 4): — Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur —. L. 66 D. de iure dot. (23, 3): Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. (Ueber das Verhältniß beider Stellen vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 257 p. Rudorff, zu Puchta, Vorles. §. 178 Note 5 ed. 4. — Die Meinungen von Löhr's, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XII. 7, Dernburg's, daselbst N. F. II 2 [1845] und Elvers, Servitutenlehre 1854 §. 27 beruhen auf einer Verwechselung der Uebertragung des Rechts und des Fruchtbezuges §. 181 c. d. Vgl. Arndts, daselbst N. F. VIII. 4 [1850]. Die Unveräußerlichkeit des erstern ergiebt sich aus dem Untergang durch den Tod u. s. w. des Uebertragenden. R.)

k) Um eine Verpfändung möglich zu machen, ist bey servitutes praediorum rusticorum eine Abweichung, aber auch nur zu jenem Zweck zugelassen worden, L. 11 §. 3 L. 12 D. de pignor. (20, 1). Vgl. v. d. Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXII. S. 25 ff. (Diese „Abweichung" betrifft aber nur den abgeleiteten Besitz, nicht das Recht der Servitut, welches durch Pignus und Hypothek gar nicht übertragen wird. Die Beschränkung auf servitutes praediorum rusticorum gründet sich darauf, daß nur hier selbstständige Interdicte vorkommen [§. 139], in deren Uebertragung eben das Pignus besteht. Rudorff in Richter's Jahrb. 1844. S. 323 f. Lang, über die Verpfändung der Servituten: Archiv für civ. Pr. XXIX. 10 [1846] scheint bey seinen Einwürfen gegen diese Ansicht übersehen zu haben, daß vendere servitutem, usumfructum etwas ganz Anderes bedeutet, als cedere, nämlich Gewähr des Fruchtgenusses (uti licere), nicht Rechtsübertragung. Ebenso unhaltbar ist die weitere Ausführung desselben Schriftstellers, daß servitutes urbanae so gut verpfändet werden können, wie rusticae: wenn auch eis servitutibus in L. 12 durch „dergleichen, derartige" übersetzt werden könnte, so wären diese, nachdem die urbanae unmittelbar vorher ausgeschlossen waren, doch immer nur rusticae. Vgl. auch Schmid, Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. V. 8 [1848]. R.)

Ausübung[l]); 3) die Untheilbarkeit der Servituten[m]), vermöge deren sie auch nicht theilweise erworben oder verloren werden können.

Die Benutzung der dienenden Sache in der durch die Servitut gegebenen Art steht vor allem dem Servitutberechtigten zu, der Eigenthümer nimmt nur, soweit die Servitut sie nicht ausschließlich in Anspruch nimmt, und der Servitut unbeschadet, daran Theil[n]), dagegen muß auch die Servitut mit möglichst geringer Belästigung des Eigenthümers ausgeübt werden[o]).

II. Personalservituten[a]).

A. Uebersicht[b]).

§. 179.

Die Personalservitut ist der usus der Sache für ein persön-

l) L. 8. 12 §. 6 D. de usu et hab. (7, 8), L. 44 D. loc. (19, 2): Locare servitutem nemo potest. Eine Ausnahme bey einigen Personalservituten, die einen über den usus hinausgehenden Inhalt haben, §. 179. 181.

m) L. 17 D. de servit. (8, 1): — quia usus eorum indivisus est — L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35, 2), L. 19 D. de usu et hab. (7, 8). Cramer in Hugo's civ. Magazin VI. 1. (Pomponius: et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexùs est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat.) Es ist eine Berechtigung Mehrerer weder pro diviso noch pro indiviso möglich, sondern nur eine solidarische, L. 4 §. 3. 4 D. si serv. (8, 5), L. 6 §. 4 eod.: Si aedes plurium dominorum sint (bey der servitus oneris ferendi), an in solidum agatur, Papinianus lib. III quaestionum tractat, et ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usufructu. Sed non idem respondendum, inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent. Die Theilung der Sache theilt nicht die Servitut, L. 23 §. 3 L. 25 D. de S. P. R. (8, 3), L. 6 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6). — Auch hier tritt eine Ausnahme bey manchen Personalservituten wie Note l und aus demselben Grunde ein.

n) Die Meinung, daß bey Realservituten, oder wenigstens bey servitutes praediorum rusticorum z. B. dem Weiderecht dem Eigenthümer im Zweifel eine gleiche Concurrenz mit dem Servitutberechtigten zustehe (Glück, Comment. X §. 680), läßt sich weder durch L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), noch L. 6 C. de servit. (3, 34), die man dafür angeführt hat, begründen.

o) L. 9 D. de serv. (8, 1): — in infinito ire agere licebit, civiliter modo —. L. 20 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2).

a) Inst. II. 4: de usufructu. 5: de usu et habitatione. Dig. VII. 1: de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7: de operis servorum. 8: de usu et habitatione. Cod. III. 33: de usu (et) fructu et habitatione et ministerio servorum.

b) Puchta, Cursus der Inst. II §. 255.

liches Individuum. Das persönliche Bedürfniß nimmt den Gebrauch der Sache weit vollständiger in Anspruch, als dieß bey dem Bedürfniß eines Grundstücks der Fall zu seyn pflegt. Die Realservituten beschränken sich regelmäßig auf eine gewisse Seite des Usus, daraus erklärt sich, daß das Wort usus vorzugsweise zur Bezeichnung der Personalservitut gebraucht wird. Innerhalb der Gränzen ferner des eigentlichen Servitutenbegriffs wäre die servitus usus die einzige Personalservitut (nur mit beschränkterem oder unbeschränkterem Inhalt §. 180). Aber es ist gestattet worden, der Personalservitut Befugnisse hinzuzusetzen, die über den regelmäßigen Servituteninhalt hinaus sich erstrecken, dadurch ist unter dem Namen fructus, ususfructus (Nießbrauch) noch eine zweite Personalservitut zu jener hinzugekommen [c]).

Aber auch dabey bleibt das römische Recht nicht stehen. Wenn bey der Bestellung des Rechts der Wohnung als Personalservitut der Besteller sich statt des Worts usus der factischen Bezeichnung als habitatio bedient hatte, so sollte dieses Recht nach der unter den römischen Juristen herrschenden Ansicht [d]) als eine besondere dritte Servitut behandelt werden: ein gleiches gilt von den Diensten eines Sclaven oder Thiers, die operae servorum et animalium sind als eine vierte Personalservitut hinzugekommen [e]). Die

---

c) Ueber das juristische Verhältniß der Servitut des usus und des ususfructus hat der Umstand getäuscht, daß in den Quellen der Ususfructus fast überall vorangestellt, und zur Grundlage der Theorie von den persönlichen Servituten gemacht, auch ungleich öfter erwähnt wird als der Usus. Der Grund davon liegt aber vor allem darin, daß so wie einmal jenes umfassendere Recht zugelassen worden war, es auch das häufiger vorkommende wurde, und sodann, daß es gerade um seines von der Consequenz abweichenden und nicht unbedenklichen Inhalts willen einer genauen Bestimmung im Einzelnen bedurfte. (Abweichend von dieser Auffassung der Realservituten als des Normalfalls [§. 178 Note b], des Ususfructus als einer Anomalie, sucht Scheurl, Zeitschr. für gesch. R. W. XV S. 20. 25. 48—50 [1848] den reichern Inhalt des Nießbrauchs auch dem usus [wenn gleich nicht regelmäßig] zu vindiciren. Vgl. §. 178 Note h. R.)

d) L. 10 pr. D. de usu (7, 8), L. 13 C. de usufr. (3, 33).

e) L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35, 2), vgl. L. 5 D. de operis serv. (7, 7). — Abweichungen dieser beiden Servituten 1) vom Usus: Möglichkeit einer Uebertragung der Ausübung, §. 5 I. de usu (2, 5), L. 2 D. de usu et usufr. (33, 2); 2) vom Ususfructus: Ausschluß einer unentgeltlichen Uebertragung der Ausübung (wenigstens bey der habitatio), L. 10 pr. D. de usu

Servituten der habitatio und der operae hängen ihrer Grundlage nach mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der bloß factischen in der römischen Sprache zusammen, und sind darum heutzutage unanwendbar.

B. Usus[a]).

§. 180.

Der Usus enthält das Recht der Naturalbenutzung für die Person des Berechtigten, mithin ohne das Recht eines Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen Andern, und mit Beschränkung auf die Bedürfnisse des Berechtigten[b]). Ist der Usus durch Vermächtnisse bestellt, so können sich die Befugnisse des Usuarius in Folge der günstigeren Interpretation letztwilliger Dispositionen erweitern[c]). Der Usus kann aber auch beschränkt werden theils durch Abzug gewisser Gebrauchsarten, theils durch

---

(7, 8); 3) von beiden: Ausschluß der Endigung durch non usus und capitis deminutio, L. 10 pr. cit., L. 10 D. de cap. min. (4, 5), L. 2 D. de op. serv. (7, 7). Bey den operae Transmission des Legats (nicht schlechthin der Servitut) auf die Erben, L. 2 D. de usu et usufr. (33, 2), s. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 255 Note cc.

a) Man hat die heutige Anwendbarkeit der servitus usus bestritten, weil wir kein dem römischen vollkommen entsprechendes Wort hätten, Savigny, Beruf uns. Zeit S. 100 f. Diesem steht schon das Beispiel entgegen, das uns die römischen Juristen durch die Anwendung bey dem Gebrauch der griechischen Sprache geben, L. 10 §. 1 D. de usu (7, 8): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum? Et Papinianus lib. VII. responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umstand, daß eben gerade der Usus die reine Personalservitut ist.

b) L. 2—9. 12. 15 D. de usu (7, 8). So enthält z. B. der usus aedium die Befugniß mit seinen Angehörigen zu wohnen, nicht zu vermiethen, der usus silvae das Recht des Holzbezugs in der Quantität, die das Hauswesen des Berechtigten erheischt, dasselbe gilt von den Früchten eines Landguts. (Viel weiter geht Scheurl [vgl. §. 178 h. 183 c.], welcher in den Usus die Befugniß legt, die Sache als Mittel zur Erreichung jedes andern mit ihrer Hülfe, jedoch ohne irgend welche Zueignung möglichen Vortheils anzuwenden, so jedoch, daß der Usus ausnahmsweise auch einen gewissen Fruchtbezug umfassen kann, wenn er nur nicht in einen wahren Gewinn des Usuars übergeht — während beim Usufructus der Genuß jeder, namentlich auch zueignender Art Zweck ist. R.)

c) Solche (nicht auf eine Bestellung inter vivos auszudehnende) Interpretation enthalten L. 2 §. 1 L. 8. 12 §. 4 L. 22 pr. eod.

Reduction auf eine einzelne Gebrauchsbefugniß[d]). So weit die Benutzungsbefugniß des Usuarius reicht, ist der Proprietar davon ausgeschlossen[e]), er kann der Sache keine Servituten auflegen[f]), und auch sonst keine den Usuarius beeinträchtigende Verfügung über die Sache treffen[g]). Der Usus berechtigt zur Detention der Sache, aber zu keinerley Einwirkung auf dieselbe, wodurch sie ent-

d) So kann als servitus usus vorkommen das Weiderecht, L. 4 D. de S. P. R. (8, 3), das Recht zu gehen, L. 6 D. de serv. leg. (33, 3), das Recht des Wasserbezuges ꝛc., L. 37 D. de S. P. R.: — — usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere. L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (34, 1): Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, personae tamen ei (l. eius) qui vicinus non est, *(non)* inutiliter relinquitur. in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Haec enim aqua personae relinquitur. Mühlenbruch (Archiv für civ. Pr. XV. 18) will hier überall s. g. irreguläre Realservituten verstehen. Ueber die angeführte Stelle und die in ihr nöthige Emendation s. Cuiac. ad L. 1 D. de S. P. R. (Opp. postum IV. pr.) ad L. 4 eod. (Opp. post. I. p. 893 sqq.). Das Resultat selbst, Wasserbezug als Usus, kann ohnedieß nicht bezweifelt werden, denn warum sollte z. B. ein Brunnen nicht Gegenstand dieser Servitut seyn können? Nur muß man sich des abentheuerlichen Ausdrucks: Realservituten könnten auch als Personalservituten vorkommen, ganz enthalten, s. auch Löhr, Magazin III S. 495 ff. (1820). Zachariä, über die s. g. irreg. Personalserv. Archiv für civ. Pr. XXVII. 1. (1844).

e) L. 22 §. 1 D. de usu (7, 8).

f) L. 15 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. L. 16 eod.: Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere.

g) L. ult. D. de usu (7, 8), L. 17 §. 1 D. de usufr. (7, 1).

weder wesentlich verändert[h]), oder das Interesse des Proprietars beeinträchtigt würde[i]), und der Proprietar darf nicht abgehalten werden, die Früchte, deren die Sache ohne die Benachtheiligung des Usus fähig ist, zu beziehen[k]). Die Lasten der Sache liegen auf dem Usus, wenn dieser allein von ihr gemacht wird, außerdem sind sie von dem Fructus zu tragen[l]).

Mit dem Usus ist die Verbindlichkeit gegen den Proprietar verknüpft, das Recht mit möglichster Schonung auszuüben, und die Sache nach beendigtem Recht mit Ersatz jedes durch pflichtwidrige Benutzung entstandenen oder sonst verschuldeten Schadens zu restituiren. Wegen dieser Verbindlichkeiten ist der Proprietar Realcaution durch Bürgen zu fordern berechtigt[m]).

C. Ususfructus[a]).

§. 181.

Bey dem Nießbrauch kommt zu dem usus als Inhalt noch der fructus. Dieser giebt dem Usufructuar das ausschließliche Recht auf alle Erzeugnisse und Nutzungen, die unter den Begriff der Früchte (§. 37) fallen[b]), ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß und mit dem Recht des Umsatzes in ein Aequivalent, also der Befugniß, die Ausübung seines Rechts einem Andern zu überlassen[c]), auch zu verpfänden[d]). Das Recht erstreckt sich auf die Früchte, die zur Zeit seiner Entstehung noch nicht von dem Eigenthümer erworben (also noch nicht separirt) waren[e]),

---

h) L. 5 §. 2. 3 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 7 §. 3 L. 8. 13 §. 7 L. 44. 61 D. de usufr. (7, 1).

i) Vgl. L. 13 §. 4 eod.: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet —.

k) L. 15 §. 1 D. de usu (7, 8).

l) L. 18 eod.

m) L. 5 §. 1 L. 11 D. usufr. qu. cav. (7, 9).

a) M. A. Galvani dissertationes variae de usufructu, zuerst 1650. G. Noodt, de usufr. lib. II, zuerst 1713.

b) L. 9 §. 2. 3 L. 10. 11. 12 pr. 59 §. 1 D. de usufr. (7, 1), L. 32 D. de iure dot. (23, 3), L. 7 §. 13 D. sol. matr. (24, 3).

c) L. 12 §. 2 L. 38—40. 67 D. de usufr. (7, 1).

d) Darauf bezieht sich L. 72 D. de R. I. (50, 17): Fructus rei est vel pignori dare licere.

e) L. 27 pr. D. de usufr. (7, 1).

dagegen fallen die am Ende des Nießbrauchs von dem Usufructuar noch nicht erworbenen (also nicht percipirten) an den Proprietar[f]). Accessionen der Sache, soweit sie unterschieden werden können, sind dem Nießbrauch nicht von selbst unterworfen[g]). Die Befugnisse des Usufructuars können bey der Bestellung und durch nachherige Uebereinkunft beschränkt werden[h]). Der Usufructuar trägt die Lasten der Sache, namentlich die Abgaben, ordentliche und außerordentliche[i]), hat auch die Sache in gehörigem Stand zu

---

f) L. 13 D. qu. m. usufr. (7, 4), vgl. L. 48 §. 1 D. de usufr. (7, 1). Wegen der juristischen Früchte s. L. 58 pr. eod.: Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam cui proprietas legata est? Respondi, rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea quae proponerentur, integram pensionem percepturum. L. 26 eod., L. 9 §. 1 D. loc. (19, 2). Vgl. Glück, Comment. IX S. 329—345. (Streitfrage: über die Vertheilung der Grundgefälle. Vgl. Wächter, Erört. [1845] I. S. 72. 87. R.)

g) L. 9 §. 4 D. de usufr. (7, 1).

h) L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35, 2). Ueber die Frage: ob ein fructus sine usu möglich sey, L. 14 §. 1—3 D. de usu (7, 8): Ususfructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest, et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius lib. V. ad Sabinum scribit, et si forte usufructu legato fructus adimatur, totum videri ademtum scribit. Sed si fructus sine usu videri constitutum [vulg. Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamus usum videri constitutum] qui et ab initio constitui potest. Sed si fructu legato usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademtionem, quae sententia benignior est. Usu legato si eidem fructus legetur, Pomponius ait, confundi eum cum usu. Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habere. Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas, veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit. L. 20 D. de usufr. (7, 1), L. 5 §. 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9), L. 13 §. 3 D. de accept. (46, 4). Paul. sent. III. 6, 24; v. Löhr, Magazin III S. 498 ff. Puchta, Cursus der Inst. II §. 255 r (Keller, über den fructus sine usu und L. 13 §. 3 de acceptilatione, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 5 [1849]. R.)

i) L. 7 §. 2 L. 27 §. 3—5 L. 52 D. de usufr. (7, 1), L. 7 C. eod. (3, 33), L. 28 D. de usu et usufr. (33, 2).

erhalten[k]), kann sich aber von der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten (abgesehen von dem Ersatz eines verschuldeten Schadens) durch Dereliction des Nießbrauchs befreien[l]).

Wegen jenes bedeutenden Umfangs des Usfructus ist die Existenz und Dauer der Proprietät um so sorgfältiger gegen jede Gefährdung zu wahren[m]). Im Allgemeinen drückt die Schranken aus das uti frui boni viri arbitratu, worauf, nebst der Restitution am Ende des Nießbrauchs, die cautio usufructuaria geht[n]). Insbesondere soll jener Grundsatz das Maß der Nutzung, welches nicht wie beim Usus in dem unmittelbaren Bedürfniß eine Gränze hat, bestimmen; wie jede Art der Benutzung, welche die Sache zum Nachtheil des Proprietars verändern würde[o]), so ist auch jedes

---

k) L. 9 §. 6 L. 18. 68 §. 2 L. 69. 70 D. de usufr. Ueber Reparaturen s. L. 7 §. 2 L. 65 eod., L. 9 §. 5 L. 10 D. de damno inf. (39, 2).

l) L. 48 pr. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1).

m) Daher schon in die Definition des Rechts dieses Moment aufgenommen wird: ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, L. 1 D. eod.

n) Dig. VII. 9: usufructuarius quemadmodum caveat. Von dieser Realcaution sind befreit 1) Fiscus und respublicae (§. 79 Note d); 2) der Ehemann wegen eines zur Dos gegebenen Usufructus, L 2 C. de fidei. dot. (5, 20); 3) der Vater wegen des gesetzlichen Nießbrauchs an den Adventitien, L. 8 §. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61); 4) der zur zweiten Ehe schreitende, und dadurch die Proprietät gewisser Güter verlierende Ehegatte hinsichtlich der Immobilien, nach L. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5, 9), die ihn zur Caution für die Mobilien verpflichtet, und damit, wie man annehmen muß, in Beziehung auf die Immobilien befreit; 5) der Usufructuar, dem ex die die Proprietät bestimmt ist, L. 9 §. 2 D. h. t.; 6) nach einer wohlbegründeten Praxis der Schenker, der sich den Nießbrauch vorbehalten hat. — Natürlich kann übrigens die Caution von dem Proprietar erlassen werden, nur kann der den Usfructus bestellende Testator sie nicht zum Nachtheil des Erben erlassen, L. 7 C. ut in poss. legat. (6, 54), L. 6 pr. D. eod. (36, 4), L. 1 C. de usufr. (3, 33).

o) L. 13 §. 4. 6. 8 L. 14. 15 §. 1 L. 27 §. 1. 2 C. de usufr. (7, 1), L. 13 §. 5 eod.: Inde est quaesitum an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere si nihil agri-

Uebermaß, das der Substanz der Sache gefährlich wäre, ja sogar die Ueberschreitung des Maßes, welches der Eigenthümer beobachtete, dem Usufructuar untersagt[p]), nur daß diese letztere Beschränkung nicht das unmittelbare Bedürfniß des Berechtigten verkürzt, weil sie nur dem fructus, nicht dem usus gesetzt ist[q]).

D. Quasiususfructus[a]).

§. 182.

Usus und Ususfructus sind an sich nur an Sachen denkbar, denn sie sind Rechte an Sachen, und nur an solchen, bey denen eine Fortdauer der Proprietät neben der Benutzung möglich ist, also nicht an verbrauchbaren Sachen (§. 36). Durch die Vorschrift aber, daß die Bestellung des Ususfructus (oder Usus, was

---

culturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, fortisan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Nicht einsehend, daß das Princip unter Umständen einem Usufructuar größere Veränderungen erlauben, unter andern geringere untersagen kann (vgl. Hagemeister in Hugo's civ. Mag. III. No. 13, Keil, Archiv für civ. Pr. XXXV. [1852] No. 11. R.), hat man diese Stelle im Widerspruch mit andern geglaubt, und diesem theils kritisch, durch veränderte Interpunction (Feuerbach, civ. Versuche 4) theils durch eine unstatthafte Auslegung der Worte: si quidem etc. (v. Madai, Archiv für civ. Pr. XV. 16) (theils endlich durch Beschränkung der letzten Stelle auf einzelne Ackerstücke des benutzten Gutes, Sintenis, Civilrecht §. 59 Note 22. R.) abhelfen wollen.

p) L. 9 §. 7 D. eod.: Instrumenti autem fructum habere debet, vendendi tamen facultatem non habet. Nam et si fundi ususfructus fuerit legatus, et si ager unde palo in fundum cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat; nisi forte salicti ei, vel silvae palaris, vel harundineti ususfructus sit legatus, tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. L. 10. 11. 59 §. 2 eod. Vgl. Laspeyres, vom Nießbrauch an Waldungen, Archiv für civ. Pr. XIX. 4 (1836). (Zachariä von Lingenthal: Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 4 No. 2. [1851]. R.)

q) Note p. L. 12 pr. D. eod.

a) Dig. VII. 5: de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.

hier gleich ist)[b]) an allen Bestandtheilen des Vermögens aufrecht erhalten werden soll, ist ein dem wahren Usufructus analoges Verhältniß entstanden[c]), welches in Absicht auf Entstehung, Endigung und Caution wie ein Usufructus behandelt wird[d]), seinem Inhalt nach aber in der Verbindlichkeit des Quasiusufructuars, in dessen Vermögen der Gegenstand übergeht, besteht, finito usufructu die gleiche Quantität oder die Aestimation zu restituiren[e]). Die Gefahr des Zufalls, die der wahre Usufructuar nicht trägt, ist es besonders, welche die Frage, ob ein verus oder quasi ususfructus vorliege, wichtig macht[f]). Ein Nießbrauch an Capitalien (wenn nur überall ein dem Nießbrauch zu vergleichendes Recht beabsichtigt ist) muß stets ein Quasiusufructus seyn, denn nomina sind keine Sachen, und auch in Beziehung auf das Periculum ist er wie ein anderer Quasiusufructus zu behandeln[g]).

---

b) L. 5 §. 2 L. 10 §. 1 eod.

c) L. 1. 2 eod., L. 3 eod.: Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit. An et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit, et remittendas ei usuras.

d) L. 9. 10 pr. eod., L. 7 §. 1 D. usufr. qu. cav. (7, 9).

e) L. 5 §. 1 L. 7 D. de usufr. ear. rer. (7, 5).

f) Eine alte Streitfrage ist die, welcher Art der Nießbrauch an Gewändern u. dgl. sey? Das römische Recht zeigt, daß sie nicht geradedurch, sondern nach den besondern Umständen des Falls zu entscheiden ist, §. 2 I. de usufr. (2, 4), L. 15 §. 4. 5 D. eod. (7, 1), L. 9 §. 3 D. usufr. qu. cav. (7, 9).

g) L. 24 pr. D. de usu et usufr. (33, 2), L. 1 C. de usufr. (3, 33). (F. Steinberger, über den ususfructus nominis, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. N. F. XI. [1854] Num. 5. R.). Soll der zu dem Genuß eines Capitals Angewiesene gar keinen Einfluß auf das Capital selbst erhalten, so ist das Verhältniß gar nicht als Usufructus, weder verus noch quasi, zu betrachten. Dieß übersieht Mühlenbruch, Cession S. 497 f. Note 15, welcher unbegreiflicher Weise in L. 24 pr. cit. den Ausspruch findet, dem usufructuarius omnium bonorum gebühre nur das Recht auf die Zinsen von den Capitalien. Die Stelle lautet: Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex S. C. cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis, tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

III. Realservituten[a]).

A. Allgemeine Grundsätze[b]).

§. 183.

Realservituten sind Servituten für Grundstücke an Grundstücken. Der Inhalt derselben muß 1) dem herrschenden Grundstück einen Vortheil gewähren, was vermöge der Servitut geschieht, muß für das Grundstück geschehen[c]), und er geht daher auch nie über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinaus[d]). Wie also der Inhalt durch dieses Bedürfniß bestimmt wird, so wird er auch verschieden seyn nach der Verschiedenheit des herrschenden Grundstücks, soweit diese eine Verschiedenheit der Bedürfnisse in sich schließt. Dieß ist der Sinn der Eintheilung in servitutes praediorum urbanorum (Servituten für Gebäude) und servitutes praediorum rusticorum (Servituten für Feldgrundstücke)[e]). Es ergiebt

---

a) Inst. II. 3: de servitutibus praediorum. Dig. VIII. 1: de servitutibus. 2: de serv. praediorum urbanorum. 3: de serv. pr. rusticorum. 4: communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. III. 34: de servitutibus et aqua.

b) Puchta, Cursus d. Inst. II §. 253.

c) L. 1 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 4. 6 §. 1 L. 36 D. de S. P. R. (8, 3), L. 8 pr. D. de serv. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 19 eod.: Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. (Vgl. §. 178 Note h.) L. 3 pr. D. de aqua (43, 20): Eo iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.

d) L. 5 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3): Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. L. 6 pr. eod.

e) L. 1 pr. §. 1 D. comm. praed. (8, 4), §. 1 I. de serv. (2, 3). Wegen L. 2 pr. D. de S.P.R. (8, 3) s. die Erklärung in Puchta, Cursus der Inst. II §. 253 Note h (die auch schon v. d. Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXII. S. 18 hat). — Die gewöhnliche Ansicht bezieht die Eintheilung auf das herrschende Grundstück, aber mit Ignorirung ihres Einflusses auf den Inhalt der Servituten. Dagegen modificirt den Begriff von dem Inhalt ausgehend

sich daraus, daß wenn gewisse Befugnisse im Allgemeinen als Inhalt beider Classen vorkommen können[f]), sie doch in beiden Fällen einen verschiedenen Charakter annehmen, und daß daher die Grundsätze von einer servitus praedii rustici nicht schlechthin Anwendung finden, wenn eine ähnliche Befugniß als servitus praedii urbani constituirt wird[g]). 2) Der Vortheil muß von dem dienenden Grundstück, also durch eine ihm innewohnende Eigenschaft (perpetua causa der Servitut) gewährt werden[h]). Aus

---

v. d. Pfordten, Archiv XXII. 2. (1839). Einige (Stever, de serv. praed. 1817, v. Vangerow, Leitfaden I §. 339) heben den Unterschied der Servituten heraus, daß sie die Befugniß geben, entweder 1) eine Vorrichtung auf dem dienenden Grundstück zu haben, oder 2) sonst etwas darauf vorzunehmen, oder 3) etwas zu verbieten, und glauben nun nicht bloß, daß dieser Unterschied mit jener Eintheilung zusammentreffe, indem 1 und 3 bey den S.P.U., 2 bey den S. P. R. vorkomme, sondern daß er mit ihr identisch sey, d. h. also: die Römer hätten mit der Eintheilung in servitutes pr. urb. und rust. gesagt, was sie nicht gewollt, und gewollt, was sie nicht gesagt hätten. — Nach der herrschenden Meinung hat diese Eintheilung noch eine secundäre Wirkung durch verschiedene Behandlung der Servituten in gewissen Beziehungen, je nachdem sie zur einen oder andern Classe gehören, s. z. B. §. 190. 195. Dagegen erklärt sich Zachariä: über die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae 1844, indem er das, was in dieser Hinsicht von den serv. pr. rust. überhaupt behauptet zu werden pflegt, nur von einigen derselben gelten lassen will. (Vgl. dagegen Rudorff, in Richters Jahrb. 1844. S. 380 ff. R.)

f) L. 11 §. 1 D. de publ. act. (6, 2), L. 20 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2), L. 7 §. 1 L. 14 D. comm. pr. (8, 4), L. 1 §. 11 D. de aqua (43, 20), L. 1 §. 1 D. de itin. (43, 19).

g) Die gewöhnliche Behauptung: eine S. P. R. könne auch als S. P. U. constituirt werden (was man dann wohl eine irreguläre Servitut genannt hat), enthält einen Widerspruch.

h) L. 28 D. de S. P. U. (8, 2): Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat. Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quo ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. L. 1 §. 5 D. de aqua (43, 20): — nulla enim alia aqua duci potest nisi quae perennis est. L. 1 §. 4 D. de fonte (43, 22): — cisterna non habet perpetuam causam —. L. 2 D. comm. praed. (8, 4): De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel

diesen Erfordernissen folgt 3) daß beide Grundstücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander sich befinden müssen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht (praedia debent esse vicina)[i]).

Die Ausübung der Realservituten besteht entweder in einem ununterbrochen dauernden Zustand, oder in einzelnen, dem Berechtigten zuständigen Handlungen, jene nennt man servitutes continuae, diese discontinuae[k]). Die Zahl der Realservituten ist unbestimmt, das wechselnde Bedürfniß kann immer neue, aber nur in den Gränzen der obigen Erfordernisse, hervorbringen.

B. Servitutes praediorum urbanorum.

§. 184.

Die Servituten für Gebäude sind theils positive, theils negative. Jene sind mit einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks verbunden, in der sie sich gewissermaßen körperlich darstellen, und die sich entweder unmittelbar auf das dienende

---

si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum qui hoc ius possedit. L. 9 D. de S. P. R. (8, 3): Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest, hodie tamen ex quocunque loco constitui solet. L. 23 §. 1 eod., L. 13 pr. comm. praed.: Venditor fundi geroniani fundo botroiano quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

i) L. 1 pr. 38. 39 D. de S. P. U. (8, 2), L. 5 §. 1. L. 7 §. 1 L. 38 D. de S. P. R. (8, 3), L. 7 §. 1 D. comm. pr. (8, 4), L. 5. 6 pr. D. si serv. (8, 5), L. 6 pr. D. comm. praed.: Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae quae non traduntur, servae sint his quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant, parvique refert vicinae sint ambae aedes an non. Idem erit et in praediis rusticis, nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis aedibus servitutem neque imponere potest.

k) Vgl. L. 14 pr. D. de serv. (8, 1).

Grundstück erstreckt oder nur in ihren Wirkungen darauf Einfluß hat.

Einige Servituten haben den Zweck, dem herrschenden Gebäude an dem dienenden einen Stützpunkt zu verschaffen, sey es durch Einlassung eines Balkens oder Steins in die fremde Mauer (serv. tigni immittendi)[a]), oder durch Auflegung auf dieselbe (serv. oneris ferendi). Bey dieser Servitut ist angenommen worden, daß zu ihrem Inhalt auch das Recht gehört, von dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes die nöthige Reparatur der Mauer zu fordern[b]). Es ist dieß keine Ausnahme von dem Grundsatz: servitus in faciendo consistere non potest (§. 178), der keine Ausnahme haben kann, sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte[c]). Der Grundsatz ist dadurch festgehalten, daß der Eigenthümer das herrschende Gebäude während der Reparatur nicht zu stützen braucht, und daß er sich durch Dereliction der belasteten Sache befreien kann[d]).

Einige Servituten haben den Inhalt, das Recht einer Fortsetzung des herrschenden Gebäudes in den Luftraum des Nachbarn zu geben. Der allgemeine Name dafür ist serv. proiiciendi, auf das Dach beschränkt ist es die serv. protegendi[e]).

Andere geben die Befugniß, etwas von und aus dem herrschenden Gebäude auf oder über das dienende Grundstück wegzuschaffen, so das Regenwasser, im Tropfenfall (serv. stillicidii avertendi s. immittendi) oder in einen Strom gesammelt (serv. fluminis recipiendi)[f]), den Rauch oder Dampf (serv. fumi etc.

---

a) L. 2. 6 D. de S. P. U. (8, 2), L. 8 §. 1. 2 D. si serv. (8, 5).

b) Die Reparatur durch den Servitutberechtigten, die bey andern Servituten stattfindet, würde bey dieser Inconvenienzen für den Eigenthümer haben.

c) Bey der serv. tigni ist diese Reparaturpflicht nicht angenommen, weil in den Worten der Servitut keine tragbare Mauer oder Wand liegt, L. 8 §. 2 eod.

d) L. 6 §. 2—7 L. 8 pr. §. 2 eod., L. 33 D. de S. P. U. (8, 2). Vgl. über die s. on. fr. auch Mühlenbruch, Archiv für civ. Pr. XIV. 14 (1831).

e) L. 2 eod., L. 242 §. 1 D. de V. S. (50, 16), vgl. L. 22 §. 4 D. quod vi (43, 24).

f) L. 2. 17 §. 3 L. 20 §. 3—6 L. 28 D. de S. P. U. (8, 2). Vgl.

immittendi)[g], den Unrath entweder durch das dienende Grundstück abzuführen (serv. cloacae mittendae)[h], oder das Behältniß desselben unmittelbar an der Wand des Nachbarn zu haben[i]).

Noch andere sollen dem herrschenden Grundstück einen Vortheil sichern, der ihm durch eine auf dem dienenden vorgenommene Veränderung entzogen werden könnte. Die vornehmsten Fälle beziehen sich auf Licht und Aussicht[k]). Dieses wird in der Regel der Zweck der servitus altius non tollendi seyn, nur daß hier nicht der Zweck selbst, sondern lediglich der beeinträchtigende Umstand, der ausgeschlossen werden soll (das Höherbauen), ausgedrückt wird[l]). Direct auf jenen Zweck sind gestellt die serv. ne luminibus und ne prospectui officiatur, wodurch alle Veränderungen irgend einer Art, die eine Minderung des Lichts und der Aussicht zur Folge haben würden, ausgeschlossen sind[m]). Auch das Recht, durch Fenster in der fremden Wand Licht zu erhalten, kommt vor[n]).

Weiske, Erört. der Grundsätze vom Traufrecht, Behandlung einiger civilr. Gegenst. 1829 Num. 4.

g) L. 8 §. 5—7 D. si serv. (8, 5). (Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1852 No. 3. R.)

h) L. 7 D. de serv. (8, 1), L. 1 §. 4 de cloac. (43, 23).

i) L. 17 §. 2 D. si serv. (8, 5).

k) Ein sonstiges Beispiel giebt L. 15 pr. D. de serv. (8, 1): — si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia, sofern diese Servitut als S. P. U. gedacht wird.

l) L. 2. 4 D. de S. P. U. (8, 2), L. 12 eod.: Aedificia quae servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt, at si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.

m) L. 3. 4. 15. 16. 17 pr. §. 1. 2 L. 23 pr. eod., §. 2 I. de action. (4, 6). Eine von der s. ne prosp. off. verschiedene serv. prospectus giebt es nicht, in L. 12 D. de S. P. U. (Note l) beziehen sich die Worte: si de prospectu est, auf die s. altius non tollendi, die Licht oder Aussicht zum Zweck haben kann.

n) L. 8 C. de serv. (3, 34), L. 40 D. de S. P. U. (8, 2). Eine solche Servitut kann auch für den Fall der künftigen Errichtung einer Mauer bestellt werden. So scheint denn jenes Recht unter der servitus luminum in L. 4 eod. verstanden werden zu müssen, mag man in der Beschreibung: ut vicinus lumina nostra excipiat, das excipere als aufnehmen oder freilassen erklären. Die unendlich verschiedenen Meinungen über diesen Punkt, der ungeachtet seiner juristischen Bedeutungslosigkeit (bey Manchen vielleicht gerade deshalb) sogar zum Gegenstand von Monographien gemacht worden ist, s. u. a. bey Vangerow, Leitfaden I S. 658—663.

Endlich werden Servituten erwähnt, deren Inhalt die Befreiung von einer Beschränkung ist: serv. stillicidii s. fluminis non recipiendi, serv. altius tollendi, serv. officiendi luminibus[o]). Die Bedeutung dieser Servituten ist sehr bestritten. Sie lassen sich auf eine doppelte Weise denken. Erstens gegenüber einer bestehenden serv. still. recip., altius non tollendi, lum. non officiendi (Theophil. ad §. 1 I. de servit.). Aber nicht als Befreiung von diesen Servituten schlechtweg (wie sich Viele auf und ohne die Autorität des Theophilus dabey beruhigt haben)[p]), denn die Aufhebung einer Servitut wäre eben nur dieses, nicht eine neue entgegengesetzte Servitut; das Recht höher zu bauen ꝛc., welches ich aus meinem Eigenthum ableite, mache ich mit der Negatoria, nicht mit der Confessoria geltend[q]). Es sind zwey Fälle der serv. altius tollendi etc. gegenüber einer serv. altius non tollendi etc. möglich[r]): 1) zum Zweck der Beschränkung der letzteren (die wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht direct möglich ist)[s]), 2) als Nachtheil für den Eigenthümer, der sich auf die Confessoria aus der serv. altius non tollendi nicht einlassen will, und darum künftig, wenn er bauen will, angehalten wird, sein Recht, höher zu bauen, klagweise, mit dem Beweis einer besonderen Erwerbung dieses Rechts (also nicht mit der Negatoria, sondern mit einer Confessoria, zu welchem Behuf eine serv. altius tollendi angenommen wird), auszuführen[t]). Zweitens sind jene Servituten aber auch ohne eine gegenüberstehende Servitut entgegengesetzten Inhalts denkbar, wenn nämlich dadurch eine sonstige Beschränkung aufgehoben wird, so wenn das Höherbauen ꝛc. von dem Nachbar vermöge einer zu seinem Vortheil den Bauenden beschränkenden

---

o) L. 2 D. de S. P. U. (8, 2), L. 2 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 7 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2), §. 1 I. de servit. (2, 3), §. 2 I. de action. (4, 6).

p) So z. B. auch noch Vangerow, Leitfaden I §. 342.

q) L. 4 §. 7 L. 8 §. 6 D. si serv. (8, 5), vgl. L. 9. 10 D. de S. P. U. (8, 2), L. 8. 9 C. de serv. (3, 34). Es ist nicht abzusehen, warum dieß anders seyn sollte, wenn nie eine hindernde Servitut, anders, wenn eine solche einmal bestand, die jetzt aufgehoben ist.

r) Puchta, Cursus der Inst. II §. 253 bey dd.

s) L. 21 D. de S. P. U. (8, 2).

t) L. 15 D. de O. N. N. (s. §. 172 Note d).

Rechtsvorschrift verhindert werden könnte[u]), oder wenn es die Last einer servitus oneris ferendi oder tigni immittendi vergrößern würde, und aus diesem Grund von dem Eigenthumer des dienenden Grundstücks untersagt werden dürfte[v]).

C. Servitutes praediorum rusticorum.

§. 185.

Es handelt sich hier um Servituten für Grundstücke ohne Gebäude oder bey denen, wenn sie Gebäude enthalten, diese doch nur die Accession bilden. Die Servitut soll die Benutzung eines solchen Grundstücks vermehren, erleichtern, vielleicht (wie bey den Wegservituten) erst möglich machen, aber nicht jede Benutzung, sondern nach dem Wesen der Realservituten (§. 183) eine von der Persönlichkeit des Eigenthümers unabhängige, also in der natürlichen Beschaffenheit und Productivität des Grundstücks gegründete[a]). Was sodann das dienende Grundstück anlangt, so kann der Vortheil, in dem der Inhalt der Servitut besteht, schon durch den Grund und Boden selbst oder durch die Producte desselben gewährt werden.

---

u) Vgl. L. 11 pr. D. de S. P. U. (8, 2), L. 12 §. 1—4 L. 13 C. de aedif. priv. (8, 10). Nur darf man nicht an polizeiliche Verordnungen denken, die um des öffentlichen Interesses willen die Befugnisse des Eigenthümers beschränken, und von denen ihrer Natur nach eine Privatdisposition nicht befreien kann.

v) L. 24 D. de S. P. U. (8, 2), L. 7. 8 D. si serv. (8, 5). Eine noch einfachere Entstehung der serv. altius tollendi etc. hat Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 7, 2 (1844) aufgestellt. Er denkt sich dieselbe so, daß der Hauseigenthümer die schon in seinem Eigenthum liegende Befugniß sich noch durch einen besonderen Vertrag mit seinem Nachbar garantirt, ihr dadurch die Form einer Servitut giebt und sich die actio confessoria verschafft. Dabey ist mir nur, wenn man von den im Text gegebenen Veranlassungen absieht, bedenklich, daß sich alles erwogen kein rechter Vortheil für den Hauseigenthümer herausstellen will. Offenbar ist die Confessoria für ihn nicht vortheilhafter, als die Negatoria, die er außerdem hätte, und auch im Besitzstreit wird ihn der Quasibesitz der Servitut schwerlich weiter führen, als der Besitz des Hauses.

a) Ein Recht, wodurch lediglich ein Gewerb, das der Eigenthümer auf dem Grundstück treibt, unterstützt wird, kann als Personalservitut, aber nicht als servitus praedii gedacht werden, so wenig als das spatiari etc. in L. 8 pr. D. de serv. (§. 183 Note c).

Zur ersten Classe gehören die Wegservituten[b]). Drey kommen im römischen Rechte vor[c]). Die serv. viae enthält das Recht eines hergerichteten Wegs, einer Straße (wovon sie daher den Namen hat), die in Ermangelung besonderer Bestimmung auf eine Breite von 8 Fuß geradeaus, und auf die doppelte, wo sich der Weg bricht, angenommen wird, mit beliebiger Benutzung zum Gehen, Reiten, Treiben, Fahren, ja auch zum Schleifen (da daraus nur dem Servitutberechtigten selbst ein Nachtheil erwachsen kann) und zum Aufrechttragen von Stangen u. dgl.[d]). Die serv. itineris, die das Recht zu gehen, zu tragen, zu reiten enthält (wenn sie nicht willkührlich auf eines oder einige dieser Befugnisse beschränkt wird), und die serv. actus, welche außer diesen Befugnissen auch noch die des Fahrens und Viehtreibens (auch hier unter jener Voraussetzung) enthält, unterscheiden sich von der via durch den Mangel eines hergerichteten Wegs, und dieß wird auch dadurch nicht geändert, daß eine bestimmte, nicht beliebig zu verändernde Richtung für ihre Ausübung über das dienende Grundstück angewiesen ist, auf welche Beschränkung der Eigenthümer, wenn er sie in seinem Interesse findet, antragen kann[e]). Die heutige Anwendung bestimmt sich so[f]). Ist die Beschränkung auf einen bestimmten Ort für die Ausübung beabsichtigt, und ein Fahrweg bestellt, so ist die Servitut als via zu behandeln, wenn nicht eine eigentliche Straße (durch die der von ihr eingenommene Raum der sonstigen Benutzung ganz entzogen wird) versagt seyn soll, in welchem Fall der Fahrweg als actus zu erklären ist; ein Viehtrieb ist als actus (ohne das Recht zu fahren, das sonst im actus liegt), ein Fußweg als iter zu beurtheilen. Soll aber die Servitut nicht auf einen bestimmten Platz beschränkt seyn, so ist sie immer entweder actus oder iter, je nach den gegebenen Befugnissen. — Auf den Boden allein beziehen sich auch die Servi-

---

b) Puchta, Kleine civil. Schriften S. 74 ff.

c) Außerdem noch ein Wasserweg, L. 23 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3).

d) L. 1 pr. 7 pr. 8. 13 §. 3 eod., L. 9 D. de serv. (8, 1).

e) L. 1 pr. 7 pr. 13 §. 1—3 D. de S. P. R. (8, 3), L. 13 D. de serv. (8, 1), L. 14 D. comm. praed. (8, 4), L. 11 pr. D. de aqua pluv. (39, 3).

f) Die Meinungen darüber sind verschieden, vgl. Sommer, Archiv für civ. Pr. III. 20, Gensler, das. IV. 20, Seuffert, civ. Erörterungen I S. 70. II. Vorr.

tuten, deren Inhalt in der Niederlage von Gegenständen und in sonstigen Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstück (z. B. zur Unterbringung von Erzeugnissen des herrschenden) besteht[g]).

Auf Producte des dienenden Grundstücks beziehen sich die Wasserrechte[h]), sofern sie Wasser, das es hervorbringt, zum Gegenstand haben. Ausschließlich gehören hierher die serv. aquaehaustus, welche die Befugniß für das herrschende Grundstück, Wasser auf dem dienenden zu schöpfen, und damit auch das Recht des Wegs zu diesem Behuf gewährt[i]), der pecoris ad aquam appulsus, das Recht, Vieh auf dem fremden Grundstück zu tränken[k]). Zu derselben Classe gehören die serv. pascendi, das Recht, Vieh, welches zum Gebrauch des herrschenden Grundstücks und zum landwirthschaftlichen Betrieb auf demselben gehört, auf dem dienenden zu weiden[l]), die serv. silvae caeduae, calcis coquendae, cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, durch die dem herrschenden Grundstück für seine Bedürfnisse Holz, Kalk, Kreide, Sand, Steine von dem dienenden gewährt werden[m]).

Unter beide Classen kann fallen die servitus aquaeductus (mit Beschränkung auf die Sommerzeit aqua aestiva, ohne diese Beschränkung aqua quotidiana, bey Tag aqua diurna, bey Nacht aqua nocturna), indem sie sich als Recht, Wasser zu leiten über das dienende Grundstück (so daß dieses bloß den Boden für die Leitung gewährt), oder zugleich von demselben (so daß es das

g) L. 3 §. 1. 2 L. 6 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3). Dahin gehört auch das Recht, Wasser auf das dienende Grundstück abzuleiten, L. 29 eod., L. 2 §. 10 D. de aqua pluv. (39, 3).

h) Vgl. die auch die Servituten betreffende Abhandlung von Elvers: das R. des Wasserlaufs, Themis, neue Folge, Bd. I. Heft 3 (1841). (Schäffer, Giebt das Abfließen des Quell- oder Regenwassers von einem Grundstücke auf das andere ein Recht auf Wassernutzung? Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß, N. F. VI. No. 6. Nachtrag IX. No. 14 [1851]. R.)

i) L. 1 §. 1 L. 2 §. 1 L. 3 §. 3 L. 9 D. de S. P. R. (8, 3).

k) L. 1 §. 1 L. 4. 6 §. 1 eod.

l) L. 1 §. 1 L. 3 pr. 4. 6 §. 1 eod. Diese Hut- und Weidegerechtigkeit, über die das R. R. keine speciellen Grundsätze enthält, hat im Deutschen eine sehr ins Einzelne ausgebildete Theorie, vgl. Eichhorn, Einleit. ins D. Privatr. §. 179. 180. Mittermaier, Grundsätze des gem. D. Privatr. (6. Ausg.) §. 168 ff.

m) L. 1 §. 1 L. 3 §. 1 L. 5 §. 1 L. 6 eod.

Wasser selbst giebt) denken läßt. In der Servitut liegt die Befugniß, die nöthigen Rinnen anzulegen, offne oder bedeckte, und ist kein Platz bestimmt, so ist das ganze Grundstück, nur mit Ausnahme der zur Zeit der Bestellung bestehenden Gebäude, Baumpflanzungen, Weinanlagen, der Servitut unterworfen [n]). Dem Wesen der Realservitut gemäß kann nur für das herrschende Grundstück Wasser geleitet werden, nicht zugleich für ein anderes, wenn gleich desselben Eigenthümers [o]). Keine Servitut ist das Recht, aus einem öffentlichen Wasserbehältniß oder öffentlichen Fluß Wasser zu nehmen, ein Recht, das entweder mit einem Grundstück verbunden, oder einer Person gegeben seyn kann, und das durch Assignation der Obrigkeit oder unvordenkliche Zeit erworben wird [p]).

IV. Entstehung der Servituten.

§. 186.

Die Servituten entstehen durch Bestellung von Seiten der dazu berechtigten Person (§. 187) und durch Ersitzung (§. 188). Nur der Usufructus entsteht zuweilen ipso iure (s. g. ususfructus legalis), so für den Vater an den Adventitien der Kinder, für den unschuldigen Theil bey der Scheidung, wenn die Proprietät der von dem schuldigen Theil verwirkten Güter an die Kinder fällt, endlich durch Verwirkung der Proprietät bey dem zur zweiten Ehe

---

n) L. 1 pr. 15. 21. 22 eod., L. 9 D. de servit. (8, 1), L. 17 pr. §. 1 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 2 D. de rivis (43, 21).

o) Labeo hatte hier eine laxere Meinung, gegen die Proculus jene Consequenz vertheidigte, diese letztere ist recipirt L. 24 D. de S. P. R. (8, 3). In einer andern Stelle wird das Abgeben von Wasser an ein anderes Grundstück desselben Eigenthümers zugelassen, wenn dem dienenden kein Nachtheil dadurch erwächst, und Labeo dabey angeführt, L. 1 §. 16 D. de aqua (43, 20). Manche glauben, dieß wegen der allgemeinen Zurückweisung der labeonischen Ansicht verwerfen zu müssen, aber es ist vielmehr als eine Modification jener Zurückweisung zu verstehen: insoweit ist Labeo's Meinung ganz richtig, als das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks nicht überschritten wird; es läßt sich eine Beschaffenheit des Grundstücks denken, bey der eine vollständige Bewässerung nicht möglich ist, ohne daß Wasser wieder abläuft.

p) L. 1 §. 38—45 L. 3 §. 2. 4 D. de aqua (43, 20). (Auch die Benutzung des von dem höhern Grundstück abfließenden Quell- oder Regenwassers ist keine Servitut. Vgl. Schäffer, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß VI. 6 [1849]. R.)

Schreitenden. Zur Erwerbung einer Realservitut ist nur der fähig, welcher als Eigenthümer oder bonae fidei possessor (oder Emphyteuta und Superficiarius)[a]) gewissermaßen Vertreter des Grundstücks ist, für welches die Servitut erworben werden soll[b]).

§. 187.

Die Bestellung einer Servitut fordert 1) Berechtigung von Seiten des Bestellers, die regelmäßig dem Eigenthümer der Sache[c]), zuweilen dem Richter zukommt (s. unten); 2) einen dazu tauglichen Act. Dieser kann seyn a) Testament, b) Vertrag, entweder durch Abzug bey Gelegenheit der Eigenthumsübertragung[d]), oder als selbstständiges Rechtsgeschäft, vorausgesetzt daß die Intention der Partheien auf sofortige Entstehung des Servitutrechts, nicht auf eine bloße einstweilige Verpflichtung zur Bestellung gieng[e]). So wie der Erwerber durch Hinzufügung einer

---

a) L. 1 §. 9 D. de superfic. (43, 18).

b) L. 1 §. 1 L. 6 pr. 8 D. comm. praed. (8, 4), L. 15 §. 7 D. de usufr. (7, 1). Ueber den Fall des Miteigenthums s. L. 9 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3), L. 5. 18 D. comm. praed. (8, 4).

c) L. 6 pr. eod., L. 15 §. 7 L. 16 D. de usufr. (7, 1), L. 7 C. de reb. al. non alien. (4, 51). Ueber den Fall des Miteigenthums L. 2 D. de serv. (8, 1), L. 34 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 18 D. comm. praed. (8, 4). (Vgl. über diese Stelle: Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Pr. IV. 9. Num. 14 S. 305 [1847] R.) Ueber das Recht des Emphyteuta und Superficiarius L. 1 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 1 §. 6. 9 D. de superf. (43, 18).

d) L. 32 D. de usufr. (7, 1), L. 33 pr. D. de S. P. R. (8, 3): Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.

e) Aelteres Recht: Gai. II. 28—33. Fragm. Vat. §. 47. Neues Recht: L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium cumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. §. 1 I. eod. (2, 4): — sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet —. §. 4 I. de serv. (2, 3): Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem

Stipulation außer der Servitutenklage noch eine persönliche zu seiner größeren Sicherheit erhalten konnte, so kann ihm die hinzukommende Tradition den Vortheil der Publiciana (§. 192) verschaffen, zur Entstehung des Servitutrechts selbst ist der Vertrag allein hinreichend[f]). Endlich c) kann der Bestellungsact ein richterliches Urtheil seyn, theils die adiudicatio auf Theilungsklagen, worin der Richter entweder bey Theilung eines Grundstücks die zur bequemen Benutzung eines jeden Theils nöthigen Servituten auflegt, oder durch Servitutenbestellung theilt, indem er z. B. dem Einen die Proprietät, dem Andern den Ususfructus der Sache zuweist[g]), theils ein Decret, wodurch in contumaciam des zur Bestellung der Servitut Verpflichteten und Verurtheilten die Servitut für bestellt erklärt, oder eine verlorne Servitut durch in integrum restitutio wiederhergestellt wird[h]).

§. 188.

Die Ersitzung der Servituten[i]) ist die longi temporis quasi

---

immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1 pr. D. quo mod. ususfr. (7, 4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

f) S. unter Andern Schmidtlein (nach Savigny), de servitut. per pactum constit. 1823. Michelsen, Archiv für civ. Pr. VIII. 14 (1825). Hasse, Rhein. Mus. I S. 64—128 (1827). Haertel, de serv. per pacta et stip. const. 1828. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 256. Die ältere Ansicht, daß die Entstehung des dinglichen Rechts Quasitradition voraussetze, ist von einigen neueren Juristen standhaft festgehalten worden, so von Francke, civ. Abhandl. 3 (1826), Vangerow, Leitfaden §. 350, als Nachklang der alten Lehre vom titulus und modus adquirendi. (Vgl. dagegen Huß, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. N. F. X No. 3 [1852]. R.)

g) L. 6 §. 1 D. de usufr. (7, 1), L. 22 §. 3 D. fam. erc. (10, 2), L 6 §. 10 L. 7 §. 1 L. 18 D. comm. div. (10, 3).

h) Die Sentenz dagegen auf die Confessoria ist nur declaratorisch, nicht constitutiv, L. 8 §. 4 D. de serv. (8, 5).

i) Unterholzner, Verjährungslehre II §. 187—216 (1828). v. Secken-

possessio[k]). Die Servitut ist erworben, wenn sie zehn Jahre (inter praesentes) oder zwanzig (inter absentes) nec vi nec clam nec precario ausgeübt worden ist[l]). Mit diesen Erfordernissen ist die Ersitzung auf die Servituten übertragen worden[m]).

---

dorf, Archiv für civ. Pr. IV. 11 (1821). Hasse, über den Beweis der Servitutenersitzung, Rhein. Mus. II S. 394 ff. (1828). Bessel, Archiv für civ. Pr. XIII. 19 (1830). (Busch, daselbst XXXI. 6. 12 [1848]. Th. Muther, die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten. 1852. R.)

k) Wegen der Usucapion s. L. 4 §. 29 D. de usurp. (41, 3): Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque si cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. L. 10 §. 1 eod., L. 14 pr. D. de serv. (8, 1), Löhr, Magazin III. 3 (1810).

l) L. 10 pr. D. si serv. (8, 5): Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse. L. 1 C. de serv. (3, 34): Si quas actiones adversus eum qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis; is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. L. 2 C. eod.: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio. L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 5 §. 3 D. de itin. (43, 19), L. ult. in f. C. de praescr. l. t. (7, 33). (Insonderheit Wassernutzung: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge VI [1849] Num. 6. R.)

m) Irrthümer: 1) die Ersitzung finde nicht Statt bey servitutes discontinuae (Mißverständniß der Stellen, welche die usucapio leugnen); 2) nicht bey Personalservituten (so Neustetel und Zimmern, röm. rechtl. Untersuch. 1821 S. 112 ff.); 3) sie sey ausgeschlossen durch die Usucapionsunfähigkeit der Sache (z. B. Vangerow, Leitf. I §. 351 a. E.), und es gebe daher 4) eine außerordentliche Ersitzung von dreißig und mehr Jahren; 5) die Servitutenersitzung fordere einen Titel (Bessel, Archiv XIII. 19); 6) sie fordere bona fides (z. B. Unterholzner, Verjährungsl. II S. 175 ff., Mühlenbruch, Lehrb. §. 289, Muther, §. 16 ff.), ein Mißverständniß der L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): Servitute usus non videtur nisi is qui suo iure uti se cre-

V. Aufhebung[a]).

§. 189.

Der Berechtigte kann die Servitut verlieren, aber nur so daß die Servitut selbst aufhört, also die Freiheit der Sache wiederhergestellt wird (§. 178 Note i)[b]). Wo eine Handlung oder Unterlassung der Endigungsgrund ist, ist es die des Berechtigten, also bey Realservituten des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, welche den Verlust herbeiführt[c]).

§. 190.

Der Untergang der dienenden Sache (der natürliche und ihre Herausnahme aus der Reihe der Privatrechtsobjecte) hebt die Servitut auf (§. 143)[d]), wie jedes ius in re ferner geht sie unter durch Confusion des Servitutrechts und des Eigenthums in derselben Person[e]), und aus der Natur der Servituten folgt, daß sie das Individuum, für das sie bestimmt sind, nicht überdauern. Personalservituten endigen mit dem Tod des Berechtigten, und

---

didit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit (vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 256 Note ff), und falsche Anwendung der L. 1 §. 10 D. de aqua (43, 20), die von dem interdictum de aqua spricht; 7) die Zeit sey nicht bestimmt, sondern beruhe auf dem Ermessen des Richters (so Neustetel und Zimmern, röm. rechtl. Untersuch. S. 108 ff.)

a) Dig. VII. 4: quibus modis ususfr. vel usus amittitur. VIII. 6: quemadmodum servitutes amittuntur.

b) Modification durch die bey dem Usufructus stattfindende Accrescenz, Dig. VII. 2: de usufructu adcrescendo. Ein anderes Hinderniß der Rückkehr an den Eigenthümer ist die Bestellung eines nach eingetretenem Verlust stets zu wiederholenden Usufructus, L. 1—3. 5 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4).

c) L. 15 §. 7 D. de usufr. (7, 1). Bey Miteigenthümern L. 34 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 5 D. quemadm. serv. (8, 6).

d) L. 2 D. de usufr. (7, 1), L. 23. 24. 26. 30. 31 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 9 pr. D. si serv. (8, 5). Bey Personalservituten hat schon eine gänzliche Veränderung diese Folge, L. 5 §. 2. 3 L. 8—12 D. qu. mod. ususfr., L. 36 pr. D. de usufr. Wegen L. 71 eod. s. Schulting-Smallenburg, notae ad Dig.

e) L. 17. 27 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 4 D. ususfr. qu. cav. (7, 9), L. 3 §. 2 D. de usufr. adcr. (7, 2), L. 1 D. quemadm. serv. (8, 6). Modification bey bloß vorübergehendem Erwerb, L. 18 D. de serv. (8, 1). Einfluß der Untheilbarkeit, L. 8 §. 1 eod., L. 27 D. de S. P. R. (8, 3), L. 6 §. 3 D. comm. pr. (8, 4), L. 140 §. 2 D. de V. O. (45, 1).

bey juristischen Personen mit dem Ablauf von hundert Jahren[f]), außerdem durch capitis deminutio maxima und media[g]), Realservituten durch den natürlichen oder juristischen Untergang des herrschenden Grundstücks[h]).

Der Berechtigte kann die Servitut aufgeben, durch Vertrag mit dem Eigenthümer[i]), auch einseitig durch Dereliction[k]), aber auch unwillkürlich kann er sie verlieren durch Nichtausübung[l]), die

---

f) L. 3 §. 3 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 56 D. de usufr. (7, 1). Eine den Erben bestimmte ist eine neue, L. 5 pr. D. qu. mod. ususfr., L. 38 §. 12 D. de V. O. (45, 1); über L. 14 C. de usufr. (3, 33) s. Glück, Comm. IX S. 315 ff. Ueber den durch den Sohn dem Vater erworbenen Usus fructus s. L. 17 C. eod.

g) L. 16 §. 2 C. eod.

h) L. 20 §. 2 D. de S. P. U. (8, 2), L. 13 pr. D. de S. P. R. (8, 3).

i) Auch stillschweigend, L. 8 pr. D. quemadm. serv. (8, 6), L. 4 §. 12 D. de doli exc. (44, 4).

k) L. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1). — Ein an dem herrschenden Grundstück bestehender Ususfructus hindert den Eigenthümer, die Realservitut aufzugeben, L. 15 §. 7 eod.

l) L. 16 §. 1 C. de usufr. (3, 33): Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu, sed usumfructum quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat, dum vivit intactum, cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere quod habent, non possunt. Et est satis durum per huiusmodi difficultates amittere quod semel possessum est, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, possit eum praesentem vel absentem excludere (Iustinian. a. 530), vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 257. L. 13 C. de serv. (3, 34): Sicut usumfructum qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis (Iustinian. a. 531). §. 3 I. de usufr. (2, 4): Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio —. Die Existenz des non usus gestaltet sich verschieden bey den verschiedenen Servituten, L. 5. 38—40 D. de usufr. (7, 1), L. 5. 6 pr. 10 pr. 18 §. 1. 2 L. 20—24 D. quemadm. serv. (8, 6). Restitution wegen Abhaltung durch ein in der Sache liegendes Hin-

sich zehn Jahre hindurch fortsetzt[m]); nur bey servitutes praediorum urbanorum reicht der non usus nicht hin, sondern es muß eine libertatis usucapio, d. h. Besitz der dienenden Sache als einer freien während jener Zeit hinzukommen[n]). Es ist nicht zu rechtfertigen, wenn man dieses Erforderniß des Besitzes auch auf andere, wenigstens auf die Personalservituten, ausdehnt[o]).

---

derniß, L. 14 pr. eod., L. 34 §. 1 L. 35 D. de S. P. R. (8, 3). Unanwendbarkeit dieser Endigungsart bey dem usufructus alternis annis datus, L. 28 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 13 D. de usu et usufr. (33, 2), bey dem iter ad sepulcrum, L. 4 D. quemadm. serv.

m) Verdoppelung der Zeit, wenn die Ausübung nur nach längeren Zwischenräumen gestattet ist, L. 7 eod., L. 14 pr. C. de servit. (3, 34). — Justinian erwähnt auch zwanzig Jahre inter absentes, dieß heißt (wenn es nicht als ein gedankenloses Herübertragen einer hierher gar nicht passenden Bestimmung angesehen werden soll): der durch Abwesenheit an der Ausübung Gehinderte hat (statt etwaiger Restitution) diesen den Untergang erschwerenden Vorzug.

n) L. 6 D. de S. P. U. (8, 2): Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet. L. 32 §. 1 eod.: Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. L. 18 §. 2 D. quemadm. serv. (8, 6): Si cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. (Der neueste Versuch über diese Lehre ist: C. J. G. Wirth, die libertatis usucapio. 1854. R.)

o) Diesen Irrthum hat einmal die Anwendung des Verjährungsbegriffs auf den non usus, dann aber Justinian selbst durch die ungeschickte Aufnahme der L. 16 §. 1 C. de usufr. (Note l) zu verantworten. Vgl. Vangerow, Leitf. I §. 357. Noch weiter geht Zachariä (s. §. 183 Note e), er

VI. Schutz der Servituten[a]).

§. 191.

Der Servitutberechtigte[b]), also bey Realservituten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[c]) (und an seiner Stelle auch der Emphyteuta, Superficiarius, Usufructuar, Pfandgläubiger)[d]), hat gegen den, welcher ihn an der Ausübung seines Rechts hindert oder darin stört[e]), die confessoria in rem actio (vindicatio servitutis, petitio iuris) auf Beseitigung der Verletzung und Ersatz alles Nachtheils[f]), auf Untersagung künftiger Störung, und im Fall eine Wiederholung schon vorgekommen ist, auf Realcaution de non amplius turbando[g]). Der Besitz des Rechts schließt nicht (wie der Besitz der Sache die Vindication dieser) die Vindication des Rechts aus[h]). Den Gegenstand des dem Kläger obliegenden Beweises bildet der Grund der Klage, also das Servitutrecht. Bey Realservituten gehört dazu noch der Beweis des Eigenthums oder des zur Klage berechtigenden ius in re an dem herrschenden Grundstück, doch ist auch der bonae fidei possessor, wie er ja dem Grundstück

hält die lib. usuc. bey allen Servituten nur mit Ausnahme der drey Wegservituten des aquaeductus und des aquaehaustus für nöthig.

a) Dig. VII. 6: si ususfructus petatur —. VIII. 5: si servitus vindicetur —.

b) L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6.)

c) L. 2 §. 1 L. 6 §. 3 D. si serv. (8, 5). Miteigenthümer, L. 6 §. 4 eod.

d) L. 1 pr. 5 §. 1 D. si ususfr. (7, 6), L. 16 D. de serv. (8, 1), L 3 §. 3 L. 9 D. de O. N. N. (39, 1), L. un. §. 4. 5 D. de remiss. (43, 25).

e) L. 5 §. 1 D. si ususfr. (7, 6), L. 4 §. 5 L. 10 §. 1 D. si serv. (8, 5). Bey Entziehung der Ausübung persönlicher Servituten auch gegen den fictus possessor, L. ult. D. si ususfr.

f) L. 5 §. 3. 6 eod., L. 4 §. 2—4 L. 6 §. 6 D. si serv. (8, 5), L. 5 C. de serv. (3, 34).

g) J. R. A. §. 162, vgl. L. 7 D. si serv. (8, 5), L. 7 D. de aqua (43, 20).

h) L. 6 §. 1 D. si serv. (8, 5): Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est, nam cum nihil innovatum est, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli iactu impedierit. Sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus. L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6). L. 8 §. 3 D. si serv.: Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. Vgl. §. 184 Note t.

eine Servitut auch erwerben kann (§. 186), zur Klage zu lassen, und ist es daher für den Kläger hinreichend, wenn er den Usucapionsbesitz an dem herrschenden Grundstück beweist[h*]).

§. 192.

Die Quasitradition der Servitut verschafft dem dadurch in die Ausübung derselben Gekommenen die Publiciana[i]) mit der Wirkung der Confessoria, wobey an die Stelle des Beweises des Servitutrechts der Beweis der Tradition ex iusta causa tritt.

Fünftes Kapitel.

Das Pfandrecht[a]).

I. Begriff und Arten der Verpfändung[b]).

§. 193.

Ein Recht an einer Sache kann Jemandem zu dem Zweck gegeben seyn, daß ihm die Sache für eine Forderung hafte, und ihn der künftigen Realisirung seiner Forderung namentlich dadurch versichere, daß er vermöge jenes Rechts die Sache zum Verkauf bringen, und aus dem Preis sich bezahlt machen kann. In diesem letzteren, dem Recht, einen Gegenstand zur Befriedigung des Berechtigten wegen einer Forderung zu verkaufen, liegt der Charakter des Pfandrechts; daß es ein Recht an der Sache ist, ist nur eine, und nicht die ausschließliche Form seines Bestehens, durch die dem Berechtigten die Ausübung jenes Rechts gesichert werden

---

h*) (Busch, Archiv für civ. Pr. XXXI. 6 [1848]. R.)

i) L. 11 §. 1 D. de Publ. act. (6, 2): Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

a) Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht nach Grunds. des R. R. 1816. 1831. — Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836. — Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 246. (Bachofen, das römische Pfandrecht. Band I. [die Klagen und die Befriedigung durch Fruchtgenuß und Verkauf enthaltend] 1847. R.)

b) Dig. XX. 1: de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. Cod. VIII. 14: de pignoribus et hypothecis.

soll. Als solche Pfandrechtsformen kommen im römischen Recht vor: die Ueberlieferung des Eigenthums (mit der Bedingung der Rückgabe nach beendigtem Pfandrecht, fiducia), — diese Form ist nicht ins justinianische Recht übergegangen — ferner die Uebertragung des bloßen Besitzes, juristischen oder natürlichen, endlich ein Pfandrecht ohne Eigenthum und Besitz, hypotheca[c]). Diese Verpfändung ohne Eigenthums- oder Besitzübertragung gewährt aber dem Gläubiger, wenn ihr Gegenstand eine Sache ist, ein Recht an derselben, also ein ius in re[d]), und dieß hat sich natürlich

---

c) L. 9 §. 2 D. de pign. act. (13, 7): Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit (die Fiducia und das Pfandrecht mit Besitz), hypothecam, cum transit nec possessio ad creditorem.

d) Vgl. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): Eorum qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. L. 30 D. de nox. act. (9, 4), L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3): Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. Gegen diese Eigenschaft des Pfandrechts hat sich eine lebhafte Opposition erhoben (vgl. hauptsächlich Büchel, über die Natur des Pfandrechts 1833), die dasselbe durchweg als ein Forderungsrecht darstellt, was sich bey Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 303 zu einem Begriff gestaltet, wonach das Pfandrecht ein Forderungsrecht gegen die Sache als verpflichtetes Subject, und zugleich ein dem Gläubiger an der Sache zustehendes Recht, ein dingliches Recht (ibid. §. 307) wäre. Man führt dafür an, daß (um die beziehungsweise besten Gründe zu nennen) die Römer die Verpfändung mit dem Ausdruck obligatio rei bezeichnen, und daß das Pfandrecht nicht durch einen freien Stellvertreter erworben werden könne, L. 11 §. 6 D. de pign. act. (13, 7), L. 21 pr. D. h. t., L. 2 C. per quas person. (4, 27). Den Werth des ersten Arguments wird ohnedieß kein Unbefangener zu hoch anschlagen, wegen des zweiten s. oben §. 52. Das absurde Resultat, daß jede verpfändete Sache als Schuldnerin, also als Person zu betrachten sey, hat Sintenis (Pfandr. §. 1) vermieden, indem er in diese angebliche Obligatio nicht die Sache, sondern jeden Besitzer derselben stellen will. — Dieser Irrthum ist übrigens bis jetzt ein ziemlich harmloser geblieben, da er für die Ausführung der Lehre keine merklichen Consequenzen gehabt hat. (Eine specielle Widerlegung versuchte Lang, im Archiv für civ. Pr. XXVIII. 14. [1846]. — Das wahre Element jener Opposition liegt in der gänzlichen Unbrauchbarkeit des abstracten Begriffes eines ius in re für die Construction des Pfandrechts. Anstatt aber, wie die römischen

auch auf die Verpfändung mit Besitzübertragung (Faustpfand) erstreckt, die sich nur durch das Hinzukommen dieses, den Begriff des Pfandrechts nicht berührenden Elements von jener unterscheidet[e]). Der Begriff des Pfandrechts überhaupt ist also der, daß es das Recht ist, einen Gegenstand zu dem obengenannten Zweck zu verkaufen[f]); zu welcher Classe von Rechten es gehört, hängt, abgesehen von der Verpfändungsweise (wie bey der fiducia des älteren Rechts), von dem Gegenstand der Verpfändung ab[g]). Der Hauptfall aber, welcher der Ausbildung des Pfandrechts zu Grunde liegt, und daher auch seine Stelle im System bestimmt, ist der der Verpfändung einer Sache, und sonach der des Pfandrechts als eines ius in re[h]).

II. Voraussetzungen des Pfandrechts.

A. Forderung[a]).

§. 194.

Das Pfandrecht ist kein für sich bestehendes Recht, das seine Bedeutung in sich selbst hätte; es ist zur Sicherung einer Forderung des Pfandberechtigten[b]) bestimmt, zu welcher es in einem

---

Juristen, von den Pfandklagen auszugehen, substituirte man ihm eine andere Abstraction, die nicht blos unfruchtbar, sondern juristisch unmöglich ist. Erst in neuester Zeit ist der richtige Standpunkt zu gebührender Anerkennung gebracht worden Vgl. Rudorff, die Pfandklagen, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. 4. [1846], Bachofen, röm. Pfandrecht [1847], der nur darin der Sache zu Viel thut, daß er eine Klage ohne entsprechendes Recht annimmt. R.)

e) L. 5 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

f) Nur ein Recht mit diesem Inhalt ist ein wahres Pfandrecht, wodurch aber natürlich keine Beschränkung auf diesen wesentlichen Inhalt ausgesprochen ist, s. unten §. 206—208.

g) So betrachteten die Römer das ius pignoris an einem ab hostibus redemptus als eine Art von Potestas, L. 20 §. 1 D. qui test. f. p. (28, 1), L. 15. 19 §. 9 D. de captiv. (49, 15).

h) Man darf aber darum nicht mit Göschen (Grundriß §. 368) dieses das eigentliche, das Pfandrecht dagegen, welches durch Verpfändung von Rechten entsteht, ein uneigentliches nennen.

a) Cod. VIII. 33: si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

b) L. 33 D. de pignor. (20, 1): Is qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem

accessorischen Verhältniß steht, und deren Existenz daher die conditio sine qua non des Pfandrechts ist[c]), aber auch nur ihre Existenz, welcher Art die Forderung auch seyn möge[d]).

B. **Gegenstand**[a]).

§. 195.

Durch die hypothecarische Verpfändung (welche sich nicht auf Mancipations- und In jure cessionsfähige Gegenstände, wie die Fiducia, und nicht auf Sachen, wie das Faustpfand beschränkt) ist der Grundsatz möglich geworden, daß alles, was einen Verkaufswerth hat, und den Verkauf zuläßt, auch verpfändet werden kann[b]), daher nicht bloß wirkliche Sachen (jene Eigenschaft vorausgesetzt), einzelne und universitates rerum (s. §. 203), sondern auch künftige, res futurae (künftig entstehende, zu unterscheiden von künftig zu erwerbenden überhaupt)[c]), ferner auch Rechte: Servituten[d]),

---

recipit. Der Pfandberechtigte muß der Gläubiger, der Verpfänder braucht nicht der Schuldner zu seyn, L. 2 §. 2 eod.

c) L. 1. 2 C. h. t.

d) L. 5 pr. D. de pign. (20, 1): Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit. L. 14 §. 1 eod.: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. L. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1), L. 101 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 2 C. de luit. pign. (8, 31). Die Meinung einiger Juristen (z. B. Weber, Lehre von d. natürl. Verbindl. §. 107), daß die Verpfändung für eine naturalis obligatio nur ein Retentionsrecht gebe, ist ohne Grund. Selbst die dafür angeführte L. 2 D. quae res pign. (20, 3) spricht vielmehr dagegen.

a) Dig. XX. 3: quae res pignori vel hypothecae obligari possunt. Cod. VIII. 17: quae res pignori obl. p. vel non etc.

b) L. 9 §. 1 L. 24 D. de pignor. (20, 1), L. 1 §. 2 D., L. 3. 6 C. h. t.

c) L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 11 §. 3 D. qui pot. (20, 4), s. unten §. 210. Huschke, Zeitschrift für Civilr. und Proz. XX. 6 (1844). S. 245 f.

d) Usufructus, L. 11 §. 2 L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 49 D. de usur. (22, 1), §. 181 Note d. Servitutes praediorum rusticorum, L. 12 D. de pign., vgl. §. 178 Note k.

Emphyteusis und Superficies[e]), Forderungen (nomen pignori datum)[f]), und das Pfandrecht selbst (Subpignus)[g]). Endlich können diese Gegenstände nicht bloß speciell (mit specieller Bezeichnung), sondern auch generell (durch Zusammenfassung mehrerer unter einer Gattung oder Collectivbezeichnung) hypothecarisch verpfändet werden[h]).

III. Entstehung des Pfandrechts.

§. 196.

Die Entstehung eines Pfandrechts fordert, 1) die Existenz seiner allgemeinen Bedingungen (§. 194. 195), 2) den Eintritt eines Entstehungsgrundes, der entweder in dem Willen dessen, welchem der Gegenstand gehört, und damit in einer Privatdisposition besteht (pignus voluntarium §. 197), oder von diesem Willen unabhängig ist (p. necessarium §. 198. 199). Das entstandene Pfandrecht ist, so lange es besteht, von der Forderung, für deren Sicherung es bestimmt ist, untrennbar, es kann nicht von dieser auf eine andere Forderung desselben oder eines andern Gläubigers übertragen werden. Nur so weit ein Uebergang der Forderung, so weit findet auch ein Uebergang des Pfandrechts mit ihr Statt (§. 213).

A. Bestellung durch Privatdisposition[a]).

§. 197.

Die Bestellung des Pfandrechts durch Uebereinkunft (Conventionalpfandrecht), für welche keine besondere Form vorgeschrie-

e) L. 13 §. 3 eod., L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

f) L. 4 C. h. t. (8, 17), s. unten §. 208.

g) Cod. VIII, 24: si pignus pignori datum sit, s. §. 208. (Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand ist: Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1837. R.)

h) S. z. B. L. 6. 15 §. 1 D. de pignor. (20, 1), L. 11 §. 2 D. qui pot. (20, 4) Puchta, Cursus d. Inst. II §. 250 Note k. Man hat einen sehr unnützen und nothwendig erfolglosen Streit über die Bestimmung der Begriffe generelles und specielles Pfandrecht geführt; diese Begriffe existiren gar nicht Was aber wirklich existirt: generelle und specielle Verpfändung, über dessen Begriffsbestimmung kann kein Streit seyn.

a) Dig. XX. 1: de pign. et hyp. et qualiter ea contrahantur etc. Cod. VIII, 16: si aliena res pignori data sit. 17: quae res pign. etc. et qualiter pignus contrahatur. 21: si communis res pignori data sit.

ben ist[b]), oder auch durch letztwillige Disposition (testamentarisches Pfandrecht) hat, um wirksam zu seyn, folgende Voraussetzungen: 1) die Sache muß in bonis des Verpfänders sich befinden, er muß Eigenthümer seyn[c]), oder sie zu fordern haben[d]), aber auch der Usucapionsbesitz reicht insofern hin, als der Gläubiger in demselben Verhältniß mit der hypothecarischen Klage, wie der Verpfänder mit der Publiciana geschützt wird[e]). Der Mangel dieses Erfordernisses kann durch Genehmigung des Eigenthümers gehoben werden[f]), und die Verpfändung auch dadurch, daß der Verpfän-

---

b) L. 34 §. 1 D. h. t., L. 4 pr. D. ex quib. caus. pign. (20, 2), L. 1 D. de pign. act. (13, 7).

c) L. 6 C. si aliena res p. (8, 16): Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pigneraticio obligat iudicio, quam quidquam dominis noceat, cum Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. L. 23 D. de probat. (22, 3), L. 3 §. 2 D. qui pot. (20, 4): Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentieute socio non potuit obligare. L. 1 §. 2 D. de pign. (20, 1): Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. (Francke, Archiv für civ. Pr. XXX. 6 [1847]. S. 182 f. R.) Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen, L. 15 §. 1 L. 16 §. 7 eod. — Huschke, von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist, Zeitschr. f. Civilr. und Proz. XX. 6 (1844).

d) L. 1 pr. eod. (Note g.)

e) L. 18 eod., L. 14 D. qui pot. (20, 4): Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Vgl. L. 52 D. de adqu. dom. (41, 1).

f) L. 20 pr. D. de pign. act. (13, 7). Stillschweigende, L. 2 C. si aliena res p. (8, 16), L. 5 §. 2 D. ex quib. caus. p. (20, 2). Ueber den Fall der Schrift oder Unterschrift des Hypothekeninstruments vgl. L. 26 §. 1 D. de pign. (20, 1) und L. 39 D. de pign. act.

der nachher Eigenthümer[g]), oder der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, convalesciren[h]). 2) Der Verpfänder muß Dispositionsbefugniß haben[i]).

g) L. 1 pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. L. 21 §. 1 eod. Si debitor servum quem a non domino bona fide emerat et pignoravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet, et ita Iulianus ait, et habet rationem. L. 5 C. si aliena res p. (8, 16): Cum res quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae detur. L. 9 §. 3 D. qui pot. (20, 4): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio; deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur, in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Mevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quod pignus Mevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit Mevio obligatum esse. Vgl. M. S. Mayer, Archiv für civ. Pr. IX. 12 (1826), Müller, ebendas. XI. 17 S. 392 ff. (1828). (Windscheid, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. III. 10 [1847]. R.)

h) L. 22 D. de pign. (20, 1): Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori (Modestin.). L. 41 D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur (Paul.). Vgl. über die verschiedenen Vereinigungsversuche Glück, Comm. IX S. 32 ff. Huschke a. a. O. (Note c) S. 243 ff.

i) pr. §. 2 I. qu. alien. lic. (2, 8). Eine an der Sache schon bestehende Hypothek hindert nicht eine weitere Verpfändung, nur wird der jenen Umstand verschweigende Verpfänder als Betrüger behandelt. L. 36 §. 1 D. de pign. act. (13, 7).

B. Bestellung durch den Richter[a]).

§. 198.

Ein Pfandrecht entsteht 1) durch adiudicatio auf eine Theilungsklage, wenn der Richter den einen Theilhaber zu einer Leistung an den andern condemnirt und diesem deshalb ein Pfandrecht an der jenem zugewiesenen Sache adjudicirt; 2) durch gerichtliche, zum Behuf der Vollstreckung einer richterlichen Sentenz[b]) angeordnete Auspfändung, pignus in causa iudicati captum, das Pfandrecht entsteht mit der wirklich vollstreckten Auspfändung[c]); 3) durch missio in possessionem, die richterliche Verfügung, wodurch die Besitznahme eines einzelnen Gegenstandes oder eines Güterinbegriffs zum Behuf der Sicherung von Rechten gestattet wird. Sie giebt regelmäßig (eine Ausnahme §. 494) den natürlichen Besitz, verbunden mit einem Pfandrecht, pignus praetorium, welches aber nicht schon mit dem Decret entsteht, sondern erst durch die Ausführung desselben, wodurch der Gläubiger in den Besitz gelangt[d]).

C. Entstehung durch Rechtssatz[a]).

§. 199.

In gewissen Fällen entsteht das Pfandrecht ipso iure, sowie die allgemeinen Bedingungen (Forderung und Gegenstand) vor-

---

a) Cod. VIII. 22: de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. 23: si in causa iudicati pignus captum sit. — Dig. XLII. 4: quibus ex causis in possessionem eatur.

b) L. 10 D. qui pot. (20, 4), L. 58 D. de re iud. (42, 1), L. 1 C. si in causa iud.

c) L. 15 §. 2 D. de re iud. (42, 1), L. 7. 8 C. quae res pign. (8, 17).

d) L. 26 D. de pign. act. (13, 7): Non est mirum si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem. L. 3 §. 1 D. de rebus eor. (27, 9), L. 3. 5 C. ut in poss. leg. (6, 54), L. 1. 2 C. de praet. pignore (8, 22). Cuiacius, observ. V. 30. Zimmern, röm. Civilproceß §. 76—86.

a) Dig. XX. 2. Cod. VIII. 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. Meißner, vollst. Darst. der L. vom stillschweigenden Pfandrecht, 2 Thle. 1803. 1804.

handen sind (stillschweigendes, gesetzliches Pfandrecht), indem durch einen Rechtssatz gewisse Forderungen mit einem Pfandrecht, an allen oder nur an gewissen Gütern des Schuldners, versehen werden. Nur Hypotheken können auf diese Weise entstehen, das Faustpfandrecht setzt den Besitz voraus, der nicht ipso iure erworben wird. Die einzelnen gesetzlichen Pfandrechte, die gemeinrechtlich bestehen, sind folgende [b]).

§. 200.

Ein gesetzliches Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners hat

1) der Fiscus wegen aller Forderungen: fiscus semper habet ius pignoris [c]), insonderheit a) wegen aller Abgaben [d]), b) wegen aller Leistungen und Obligationen [e]), wohin natürlich auch die Ansprüche gegen seine Verwalter gehören [f]). Nur wegen der Strafforderungen steht es ihm so wenig zu, als nach älterem Recht sein privilegium exigendi (§. 248) [g]). Das Recht des Fiscus hat auch der Regent und seine Gemahlin [h]). Die Praxis giebt dieses gesetzliche Pfandrecht ferner den Städten wegen der städtischen Abgaben, und wegen der Ansprüche an die städtischen Verwalter aus ihrer Administration [i]). Im römischen Recht schon ist verordnet, daß wenn Darlehensschuldner städtischer Communen nachher etwas von ihrem Vermögen veräußert haben, in subsidium die Besitzer solcher veräußerter Gegenstände nach dem Maß des

---

b) Manche Juristen haben sich ein Geschäft daraus gemacht, ihre Zahl zu vermehren, zum Theil indem sie, wo in den Quellen das Beispiel eines Pfandrechts vorkommt, dieses sofort für ein gesetzliches gehalten haben, zum Theil durch Erstreckung der bestehenden gesetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. Eines ist so unstatthaft wie das andere, zumal eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken ein Uebel ist, und schon unter den im römischen Recht wirklich enthaltenen manche sich befinden, zu deren Verleihung der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund sich hat bewegen lassen.

c) L. 46 §. 3 D. de iure fisci (49, 14), v. Schröter, Zeitschr. f. Civilr. und Civilpr. I. 16 S. 336 ff.

d) L. 1 C. h. t. (8, 15), L. 1 C. si propter publ. pens. (4, 46).

e) L. 2 C. h. t. (8, 15), L 28 D. de iure fisci (49, 14).

f) Controvers, s. Glück, Comm. XIX S. 70 ff.

g) L. 17. 37 eod., L. un. C. poenis fiscal. (10, 7), L. 10 pr. D. de pact. (2, 14).

h) L. 6 §. 1 D. de iure fisci (49, 14).

i) Glück, Comment. XIX S. 83.

Werths derselben von der Commune sollen in Anspruch genommen werden können[k]).

2) Die bevormundeten Personen an den Gütern der Vormünder wegen der Verbindlichkeiten derselben aus der Vormundschaft, insonderheit Pupillen, Minderjährige, furiosi[l]). Heirathet die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens, so erstreckt sich das Pfandrecht dieser auch auf das Vermögen des Mannes (ihres Stiefvaters)[m]). Ob dieses gesetzliche Pfandrecht auch andern Bevormundeten, außer den genannten, zukomme, ist bestritten[n]). Die Frage aber, ob es auch an den Gütern eines Protutors (d. h. dessen, welcher sich als Vormund gerirt, ohne es wirklich zu seyn) Statt finde, ist jedenfalls zu bejahen, wie denn auch das privilegium exigendi eben so gut der protutelae als der tutelae actio eingeräumt wird[o]), und hier dasselbe, ja wohl ein noch größeres Bedürfniß existirt, den Mündel gegen eine schädliche Administration zu sichern.

3) Die Kinder am Vermögen der Eltern wegen gewisser in der gesetzlichen Administration (und Nießbrauch) der letzteren befindlichen Güter: a) wegen der mütterlichen und von mütterlichen Ascendenten herrührenden Güter am Vermögen des Vaters, dem vermöge der väterlichen Gewalt Nießbrauch und Verwaltung derselben zusteht[p]); b) am Vermögen des zur zweiten Ehe schreiten-

---

k) L. 2 C. de debit. civ. (11, 32).

l) L. 20 C. de admin. tut. (5, 37), L. 7 §. 5. 6 C. de cura fur. (5, 70), L. un. C. rem alien. ger. (4, 53), L. 6 §. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

m) L. 6 C. h. t. (8, 15), Nov. 22 c. 40. Aus den Worten der L. 3 C. quando mulier (5, 35): — suamque substantiam supponat — zu schließen (s. Vangerow, Leitfaden §. 375), daß es bey diesen Vormünderinnen einer ausdrücklichen Verpfändung bedürfe, ist unstatthaft.

n) Glück, Comm. XIX S. 147 ff.

o) L. ult. D. de tut. act. (27, 3).

p) L. 8 §. 5 C. de sec. nupt. (5, 9), L. 6 §. 2. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61). Vgl. wegen der deshalb bestehenden Controversen Vangerow, Leitfaden §. 375. — Dieses gesetzliche Pfandrecht giebt, wie man behauptet, Nov. 98 c. 1 auch an dem Vermögen der Mutter, welche Nießbrauch und Verwaltung der (der Proprietät nach an die Kinder fallenden) donatio propter nuptias hat, Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. III. 5, 1, s. aber auch Heimbach, ebendas. XVI S. 57 ff. Nur gehört jedenfalls dieses Pfandrecht so wenig als das Institut der donatio propter nuptias selbst dem heutigen Recht an.

den Parens wegen der dadurch an die Kinder erster Ehe der Proprietät nach fallenden Güter, und dieses Pfandrecht (welches sich auch auf die den Kindern verfallenen Güter selbst erstreckt, wenn sie es eintretenden Falls vorziehen, mit der hypothecaria actio aufzutreten, statt dieselben als ihr Eigenthum zu vindiciren) soll nicht erst mit der Schließung der Ehe, wie es die Regel mit sich brächte, anfangen, sondern schon als zur Zeit der Erwerbung der verfallenen Güter durch den parens binubus bestehend angenommen werden[q]).

4) Die Ehefrau (nach Nov. 109 die rechtgläubige) an dem Vermögen des Mannes: a) wegen der Dos, die derselbe zu restituiren hat[r]). Hinsichtlich der res exstantes hat sie die Wahl, ob sie von dem gesetzlichen Rückfall derselben (§. 142 Note g) Gebrauch machen will oder nicht; im letzteren Fall sind auch diese unter dem gesetzlichen Pfandrecht begriffen[s]). Uebrigens ist diese gesetzliche Hypothek nur mit der Dotalklage verknüpft, und steht daher einem Besteller der Dos, der sich den Rückfall derselben bedungen hat, und nur aus dieser Verabredung eine Klage hat, nicht zu. b) Wegen der ausstehenden Capitalien, welche die Frau als Paraphernа in die Ehe gebracht, und wovon sie dem Manne die Verwaltung überlassen hat, wenn der Mann sie einzieht[t]). Die Praxis dehnt dieß auf alle Paraphernа, von welchen der Mann die Verwaltung hat, aus[u]). c) Wegen der ihr bestellten donatio propter nuptias[v]).

Controvers ist hinsichtlich dieser gesetzlichen Pfandrechte a) wegen der Dos, ob auch die Braut (wenn die Dos vor Eingehung der Ehe gegeben, und diese nicht erfolgt ist), ferner b) wegen Dos und Paraphernа, ob auch die putative (also nicht wirkliche) Ehefrau darauf Anspruch hat[w]), c) wegen aller jener Forderun-

---

q) L. 6 §. 2 L. 8 §. 4 C. de sec. nupt. (5, 9).

r) L. un. §. 1 C. de rei ux. act. (5, 13), L. 19 C. de don. ante nupt. (5, 3).

s) L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

t) L. 11 C. de pact. conv. (5, 14).

u) Glück, Comm. XIX S. 124.

v) Nov. 109 c. 1, vgl. L. 12 §. 2 C. qui pot. (8, 18).

w) Für die Bejahung spricht, daß in beiden Fällen das privilegium exigendi, auf welches das ältere Recht die gesetzliche Sicherung der Ehefrau

gen, ob auch die jüdischen Ehefrauen die gesetzlichen Hypotheken haben[x]).

5) Der Ehemann wegen der bestellten Dos an dem Vermögen dessen, der sie zu entrichten hat[y]).

6) Derjenige, an welchen das einer Person unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, Hinterlassene fällt, wenn dieselbe die Bedingung nicht erfüllt, an dem Vermögen derselben wegen Restitution des Hinterlassenen[z]).

7) Die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta wegen Deterioration der Emphyteusis[aa]).

§. 201.

Ein gesetzliches Pfandrecht, welches nicht alle Güter des Schuldners ergreift, hat

1) wer zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes (nicht bloß zu einer gewöhnlichen Reparatur) dem Bauherrn oder auf dessen Auftrag dem conductor operis Geld dargeliehen, wegen dieser Darlehensforderung an dem wiederhergestellten Gebäude[bb]). Das Darlehen muß zu diesem Zweck gegeben und empfangen, und der Bau muß erfolgt seyn, damit das Pfandrecht einen Gegenstand habe. Nach dem Bau haftet es aber nicht bloß an der Superficies, sondern auch am Boden, wenn der Bauende Eigenthümer desselben, und nicht etwa bloß superficiarius ist. Auch ist allerdings die Verwendung des Darlehens nothwendig, aber es ist verwendet, wenn der Empfänger nachher den Bau aus seinem durch die erhaltene Summe vermehrten Vermögen geführt

---

beschränkte, zugestanden wird, L. 74 D. de iure dot. (23, 3), L. 17 §. 1 D. de reb. auct. iud. (42, 5), L. 22 §. 13 D. sol. matr. (24, 3). Gegen diesen Vorgang wird es schwer seyn, die dürre Regel, daß singuläre Rechte nicht ausgedehnt werden dürfen (worauf sich die verneinende Meinung stützt), geltend zu machen.

x) Justinian hat schwerlich die Absicht gehabt, durch das Erforderniß der Rechtgläubigkeit in Nov. 109 die Juden auszuschließen; die Ausschließung der irrgläubigen Christen war auf seinem Standpunkt eine Consequenz, die der Juden wäre eine blanke Willkür gewesen.

y) L. un. §. 1 C. de rei ux. act. (5, 13).

z) Nov. 22 c. 44 §. 2. 3. 9. Vgl. Vangerow, Leitf. §. 375. Heimbach, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVI S. 33 ff. (1841).

aa) Nov. 7 c. 3 §. 2.

bb) L. 1 D. h. t. (20, 2).

hat; die Verwendung derselben Geldstücke ist natürlich nicht nöthig. Wohl aber würde das gesetzliche Pfandrecht nicht entstehen, wenn nachher ein Anderer das Gebäude dem Bauherrn animo donandi aufführte.

2) Pupillen (und Minderjährige) an Sachen, die mit ihrem Geld von irgend jemand (nicht für sie) gekauft sind, wegen der Erstattung des Geldes, wenn sie nämlich dieses dem Eigenthum an den Sachen selbst (§. 149) vorziehen [cc]).

3) Der Verpächter eines praedium rusticum (d. h. hier eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks) an den darauf gebauten Früchten, es mag sie sein Pächter selbst oder ein weiterer, Afterpächter, beziehen, wegen der Forderungen aus dem Pachtvertrag [dd]). An den invecta und illata des Pächters dagegen hat er kein gesetzliches Pfandrecht, kann also nur durch Bestellung eines erhalten [ee]). Natürlich kann ein Pächter zugleich Miether eines praedium urbanum seyn, und dann findet auch das folgende Pfandrecht Anwendung.

4) Der Vermiether eines praedium urbanum an den invecta und illata des Miethers, d. h. an den eigenen Sachen, die derselbe in das Grundstück oder Haus einbringt, ut ibi sint (mit denen das praedium benutzt wird), wegen der Forderungen aus dem Miethvertrag [ff]). Hat der Miether weiter vermiethet, so sind die invecta und illata des Aftermiethers nicht dem ersten Vermiether, sondern dem Aftermiether verpfändet; an diesem Pfandrecht aber hat der erste Vermiether ein Pfandrecht (subpignus). Diese Verschiedenheit von dem Pfandrecht unter 3 folgt aus der Verschiedenheit der Gegenstände dieses und jenes Pfandrechts [gg]).

5) Vermächtnißnehmer (auch Universalfideicommissarien) an

---

cc) L. 7 pr. D. qui pot. (20, 4), L. 6 C. de servo pign. dat. (7, 8), L. 17 C. de pign. (8, 14). Vgl. Glück, Comm. XIX S. 48 ff.

dd) L. 7 §. 1 D. h. t. (20, 2), L. 24 §. 1 D. loc. (19, 2).

ee) L. 4 pr. D. h. t. (20, 2), L. 5 C. de loc. (4, 65).

ff) L. 2—4. 6. 7 §. 1 D. h. t. (20, 2), L. 32 D. de pign. (20, 1). (An fremden Sachen hat der Gläubiger nur possessorischen Schutz. L. 1 §. 5 de migr. [43, 32], die man irrig auf das Pfandrecht bezogen hat [z. B. Gläser, Vers. e. Erört. d. Frage: ob d. Pfandr. d. Hauswirthes sich auch auf solche Gegenstände erstrecke, welche nicht Eigenthum des Miethers sind, 1841]. Vgl. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV. 213. R.)

gg) L. 5 pr. D. h. t. (20, 2), L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7).

den aus der Erbschaft erworbenen Gütern der Onerirten wegen ihrer Vermächtnisse. Sind mehrere Onerirte pro rata zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet, so haften natürlich die Erbgüter eines jeden nur für seine Schuld, was Manche, die von der irrigen Idee ausgehen, als wäre die Erbschaft im Ganzen Gegenstand dieser Hypothek, mit Unrecht für etwas exorbitantes und gegen die Regel von der Untheilbarkeit des Pfandrechts angenommenes halten[hh]).

IV. Endigung des Pfandrechts[a]).

§. 202.

Zwey Endigungsarten des Pfandrechts gründen sich auf seine eigenthümliche Natur: 1) es erlischt mit der Forderung, für die und als deren Accessorium es besteht[b]), nur muß sie gänzlich, der Quantität und dem Grad nach, aufgehoben seyn[c]); 2) der Verkauf des Pfandes durch den dazu berechtigten Pfandgläubiger hebt alle daran bestehenden Pfandrechte auf[d]), der Verkauf durch den Eigenthümer hat natürlich diese Wirkung nicht[e]).

Erlöschungsgründe allgemeinerer Art, nur zum Theil für das Pfandrecht besonders gestaltet, sind: der Verzicht, remissio pignoris, der auch stillschweigend geschehen kann[f]); Ersitzung der Frei-

---

hh) L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43), Nov. 108 c. 2, v. Löhr, Archiv f. civ. Pr. V. 7.

a) Dig. XX. 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

b) Cod. VIII. 31: de luitione pignoris. L. 5 pr. 6 pr. §. 1 L. 13 D. h. t. (20, 6), L. 43 D. de solut. (46, 3), L. 11 §. 1. 2 D. de pign. act. (13, 7).

c) L. 19 D. de pign. (20, 1), L. 2 C. debitorem vend. p. (8, 29). Cod. VIII. 32: si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. — S. §. 194 Note d, L. 7 §. 1 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

d) Cod. VIII. 20: si antiquior creditor pignus vendiderit. Vgl. §. 205 und wegen abweichender Interpretation eines besonderen Falls, §. 213 g. E.

e) L. 10 C. de rem. pign. (8, 26). Nur wenn der Erbe, der mit dem beneficium inventarii angetreten hat, zur Befriedigung der Gläubiger Sachen verkauft, erlöschen die daran bestehenden Pfandrechte der Erbschaftsgläubiger, diese haben sich an die befriedigten Legatarien und Gläubiger zu halten, L. 22 §. 8 C. de iure delib. (6, 30).

f) Cod. VIII. 26: de remissione pignoris. Rückgabe der Pfandverschreibung, L. 7 C. eod. Einwilligung in die Veräußerung, L. 4 §. 1 L. 8

heit, die dadurch geschieht, daß jemand in dem zur Ersitzung des Eigenthums geeigneten Besitz der Sache zehn, zwanzig, dreißig und mehr Jahre hindurch sich befindet, ohne die Existenz des Pfandrechts zu kennen[g]); Ablauf der Zeit, für die das Pfandrecht bestellt ist[h]); bey dem pignus praetorium Wiederaufhebung der Missio, die es begründet; Untergang des Gegenstandes[i]); Confusion d. i. Zusammentreffen des Pfandrechts und des Eigenthums in derselben Person[k]). In solchen Fällen, wo Billigkeit und die wahre Intention des Geschäfts es erheischen, wird dieser Untergang verhütet, nicht durch die Annahme eines Pfandrechts an der eigenen Sache, sondern dadurch, daß der Erwerb des Eigenthums als nicht geschehen angenommen, das Geschäft vielmehr auf eine mit der Erhaltung des Pfandrechts verträgliche Weise interpretirt wird[l]).

---

§. 6—15 D. h. t. (20, 6), L. 158 D. de R. I. (50, 17), L. 2. 11 C. de rem. pign. Stillschweigende Einwilligung in dieselbe, L. 1. 6. 8 C. eod. Einwilligung in die weitere Verpfändung, L. 9 §. 1 L. 12 pr. D. h. t. (20, 6), L. 12 §. 4 D. qui pot. (20, 4): Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit, pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco constituatur.

g) L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3), L. 1 §. 2 D. de pignor. (20, 1), L. 7 C. eod. (8, 14), L. 8 pr. §. 1 C. de praescr. XXX ann. (7, 39), L. 5 §. 1 D. de div. temp. pr. (44, 3), Cod. VII. 36: si adversus creditorem praescriptio opponatur.

h) L. 6 pr. D. h. t. (20, 6).

i) L. 8 pr. eod., L. 18 pr. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), L. 13 pr. 16 §. 2 (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. V. 2. Num. 7 [1848]. R.), L. 29 §. 2 D. de pign. (20, 1). (Kein Anspruch des Gläubigers auf die Assecuranzsumme, zu welcher das verpfändete Haus versichert war: Madai, im Archiv für die civ. Praxis XXVI. 8 [1843]. R.)

k) L. 29 D. de pign. act. (13, 7): Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua interpellabitur. L. 33 §. 5 D. de usurp. (41, 3), L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17).

l) L. 6 D. de distr. pign. (20, 5): Cum posterior creditor a priore pignus emit non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest. §. 213.

V. Inhalt des Pfandrechts.

A. Extensiver oder Umfang.

1. Hinsichtlich des Gegenstands.

§. 203.

Der verpfändete Gegenstand haftet ganz und ungetheilt für die Forderung[a]). Bey einer generellen Verpfändung haften die einzelnen darin wirklich begriffenen Gegenstände[b]), wie wenn sie speciell verpfändet wären[c]). Die Verpfändung einer universitas rerum ist in Beziehung auf die darin begriffenen Sachen eine generelle, wovon derselbe Grundsatz gilt[d]). Das Pfandrecht er-

---

L. 1 C. si antiqu. cred. (8, 20), L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 17 D. qui pot. (20, 4), L. 3 C. de his qui in prior. (8, 19), vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 251 Nr. 5. Diese Fälle haben mehrere Juristen veranlaßt, den monstrosen Begriff eines Pfandrechts an der eignen Sache anzunehmen, s. z. B. Wening, Archiv für civ. Pr. VI. 5. Nicht begründeter ist der Ausweg, den Andere eingeschlagen haben (s. z. B. Sintenis, Pfandr. §. 17), eine Fortdauer des Pfandrechts in den fraglichen Fällen zu leugnen und ihm eine bloße Exception gegen andere Pfandgläubiger zu substituiren.

a) L. 6 C. de distr. pign. (8, 28), L. 19 D. de pign. (20, 1), L. 1. 2 C. si unus ex plurib. hered. (8, 32).

b) Welche dieß sind bey einer Verpfändung des ganzen Vermögens, s. in L. 9 C. quae res pign. (8, 17), L. 1 C. eod., L. 6—8 D. de pignor. (20, 1).

c) L. 8 §. 5 C. de sec. nupt. (5, 9), L. 47 pr. D. de iure fisci (49, 14), L. 1 C. de conven. fisci deb. (10, 2). Eine Ausnahme, deren Anwendbarkeit mit ihrem Gegenstand weggefallen ist, enthält L. 6. 9 D. in quib. caus. pign. (20, 2), daß eine generelle Verpfändung die Manumission eines Sclaven, welcher unter das Genus fällt, nicht hindert, vgl. L. 2. 3 C. de servo pign. dato (7, 8). L. 9 cit. lautet: Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur. tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus, et derisus Nerva iureconsultus, qui per fenestram (den Weg der Diebe: L. 3 D. de pign. act. 13, 7. R.) monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse. L. 6 cit.: Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit. idque et Pomponius probat; ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

d) Eine in der Natur der Sache begründete Ausnahme für die Verpfändung eines Waarenlagers enthält L. 34 pr. D. de pign. (20, 1): Cum

streckt sich natürlich auf die integrirenden Bestandtheile der Sache[e]), nicht aber auf andere Accessionen derselben; auch an den Erzeugnissen, wenn sie nicht mit verpfändet sind, hat der Pfandgläubiger kein besonderes Pfandrecht, nur gehören sie unter gewissen Voraussetzungen zu den Nebengegenständen der hypothecarischen Klage (§. 215)[f]).

---

tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit, ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Ohne Grund wollen Manche, z. B. Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XI. 9 (1828), Hoffmann, über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners (1830), diese Ausnahme zur Regel machen, s. unter Andern Zimmern, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 2, 2 (1827) und vgl. auch Glück, Comm. XVIII S. 331 ff. (Wächter, Erörterungen [1845] Heft I Num. 1 S. 20—25. R.)

e) L. 13 pr. de pign. (20, 1): Grege pignori dato quae postea nascuntur, tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. L. 21 D. de pign. act. (13, 7): Domo pignori data et area eius tenebitur, est enim pars eius. et contra, ius soli sequetur aedificium. L. 18 §. 1 D. eod., L. 16 pr. 29 §. 2 D. de pignor. Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XX S. 246 ff.

f) Cod. VIII. 35: de partu pignoris et omni causa. Im Fall der namentlichen Verpfändung oder ihres Fallens unter das verpfändete Genus, L. 1 §. 2 L. 13 D. de pign. (20, 1), L. 29 §. 1 eod.: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Eben so lassen sich verstehen L. 26 §. 2 eod., L. 1 C. de partu pign., L. 18 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). Von den Früchten als causa rei bey der vindicatio pignoris sprechen L. 16 §. 4 D. de pign.: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent, et res non sufficit. L. 3 C. in quib. caus. pign. (8, 15). Die Regel spricht aus Paul. sent. II. 5, 2: Fetus vel partus eius rei quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. (Auch die Interpretatio enthält, unjuristisch wie sie gefaßt ist, nichts anderes, und unterstützt die Annahme

2. Hinsichtlich der Forderung.

§. 204.

Das Pfand haftet für die Forderung, für die es gegeben ist, und ihre Accessionen, d. h. für alles, was mit dem aus der Forderung entspringenden Rechtsmittel gefordert werden kann, unter dieser Voraussetzung also auch für die Zinsen [a]), ferner für die auf das Pfand gemachten Verwendungen, soweit der Gläubiger ihren Ersatz fordern kann [b]). Auf andere Forderungen erstreckt sich das Pfandrecht nicht, doch hat der Gläubiger, wenn er im Besitz des Pfandes ist, die exceptio doli gegen den seine Herausgabe fordernden Schuldner wegen seiner sonstigen Forderungen an denselben [c]).

---

einer Corruption keineswegs.) Anders Huschke, Studien I (1830) S. 370. (Francke, von den Früchten des Pfandes, Archiv für civ. Pr. XXX. Num. 6 [1847]. R.)

a) L. 8 §. 5 D. de pign. act. (13, 7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. Außerdem muß das Pfand mit für die Zinsen namentlich gegeben seyn, L. 11 §. 3 D. eod., L. 13 §. 6 D. de pignor. (20, 1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus. (Die Zusammenstellung mit der Conventionalstrafe zeigt, von welchen Zinsen hier die Rede ist.) L. 18 D. qui pot. (20, 4), L. 4. 22 C. de usur. (4, 32).

b) L. 8 §. 5 D. de pign. act. (Note a), L. 6 C. de pign. (8, 14). Ohne Grund leugnen es Einige für die impensae utiles, z. B. Weber, Versuche über das Civilrecht. 1801. S. 188 ff.

c) L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27): — At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre (Gordian.). Ohne Grund und gegen den Wortlaut der Constitution wird diese Bestimmung von Vielen auf das Faustpfand eingeschränkt. Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel, nach welcher das Retentionsrecht mit der Forderung des Klägers oder ihrem Gegenstand connexe Forderungen voraussetzt (§. 94), aber in der Natur des Faustpfands liegt nichts, was eine Beschränkung auf dasselbe rechtfertigen könnte. Die factische Voraussetzung des Innehabens der Sache kann auch bey dem hypo-

B. Intensiver Inhalt.

1. Recht des Verkaufs[a]).

§. 205.

Die Befugniß, das Pfand zu verkaufen, um sich dadurch bezahlt zu machen, bildet den wesentlichen Inhalt des Pfandrechts[b]). Diese distractio pignoris setzt aber die Nichterfüllung der Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners[c]), und zwar in der Regel mora solvendi voraus[d]), ferner die Beobachtung der dem Verpfänder gesetzlich verwilligten Frist[e]) und der sonstigen Vorschriften über die Art des Verkaufs[f]), endlich die Priorität des Gläubigers,

---

thecarischen Gläubiger eintreten. — Controverse über die Statthaftigkeit dieses Retentionsrechts im Concurs Glück, Comment. XV S. 132 ff. Bayer, Concursproc. §. 28.

a) Dig. XX. 5. Cod. VIII. 28: de distractione pignorum et hypothecarum. 29: debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 30: si venditio pignore agatur. 46: creditorem evictionem pignoris non debere. Vgl. Müller, civ. Abhandl. 1833. Abh. 3.

b) L. 4 D. de pign. act. (13, 7): Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit. L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (§. 145 Note e).

c) L. 1. 6. 8 C. de distr. pign. (8, 28).

d) Anders wenn dem Gläubiger das Recht zu verkaufen, sowie die Zahlungszeit verstrichen wäre, besonders paciscirt ist, wodurch auch die Beobachtung der Frist und der Denunciation an den Schuldner (Note e. f) wegfällt, L. 8 §. 3 D. de pign. act. (13, 7), vgl. auch L. 7 C., L. 4 D. de distr. pign. Von Mehreren wird das Erforderniß der Mora bestritten, s. z. B. Vangerow, Leitfaden §. 379. Daß sogar der Gläubiger, der in mora accipiendi ist, verkaufen könne (nämlich während der Fortdauer dieser mora), enthält die dafür angeführte L. 2 C. debitorem venditionem (8, 29) keineswegs.

e) Beim Privatverkauf zwey Jahre, L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34), beim gerichtlichen zwey Monate, L. 31 D. de re iud. (42, 1).

f) Oeffentlicher Verkauf, L. 2. 3 C. si in causa iudic. (8, 23); Privatverkauf durch den Gläubiger, L. 4. 10 C. de distr. pign. (8, 28), L. 3 pr. §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34). Er muß bona fide dabey verfahren, L. 4. 9 C. de distr. pign., L. 3 C. si vendito pign. (8, 30), L. 22 §. 4 D. de pign. act. (13, 7).

d. h. daß ihm kein Anderer vorgehe[g]). Gegenüber dem Käufer wird der Gläubiger als Procurator des Verpfänders betrachtet[h]). Durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Kaufpreis[i]) wird der Schuldner befreit[k]).

---

g) L. 1 D. de distr. pign. (20, 5), L. 8 C. qui pot. (8, 18), L. 1 C. creditorem evict. (8, 46). Gegen die irrige Meinung, daß auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs zustehe s. Löhr, Archiv für civ. Pr. XIV. 7. Besonderes Recht bey dem pignus in causa iudicati captum, L. 15 §. 5 D. de re iud. (42, 1).

h) L. 2 C. si antiqu. cred. (8, 20), L. 1. 2 C. credit evict. (8, 46), L. 11 §. 16 D. de A. E. V. (19, 1), L. 29 D. fam. erc. (10, 2): Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire, sed is cui adiudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus. nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem potest, si alteram partem creditor emerit; adiudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria, nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus est. sed huius rei ratio habebitur, quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, et eius quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. (Vgl. §. 511 Note e. R.) L. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6): Creditor quoque si pignus distraxit, et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus quibus concessum est rem alienam vendere. non enim quia dominium transferunt, ideo ab emtore ius eius recipiunt, sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.

i) L. 35 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 24 §. 2 L. 42 eod., L. 9 §. 1 D. de distr. pign. (20, 5). (Wirkung des Verkaufs und der Uebergabe ohne Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises: Platner, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849]. 4. R.)

k) L. 9 pr. D. eod., L. 26 D. de solut. (46, 3), L. 59 §. 4 D. mand. (17, 1): Creditor pignus vendidit: quaero an si evicta sit possessio emtori, regressum creditor ad mandatorem habere possit? et an intersit, creditoris iure vendiderit, an communi iure promiserit? Paulus respondit, si creditor ex pretio pignorum debitum consecuturus non sit, mandatorem liberum non videri. Ex hoc responso apparet, si evictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem. L. 22 §. 4 D. de pign. act. (13, 7): Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit — nam usu hoc evenerat — et conventus ob evictionem erat et condemnatus, an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici, esse

2. Recht des Zuschlags[a]).

§. 206.

Wenn kein oder kein annehmlicher Käufer sich findet, so kann bey dem gerichtlichen Verkauf des pignus in causa iudicati captum der Gläubiger die Addiction der Pfänder um seine Forderung verlangen[b]), außerdem hat er bey diesem wie jedem andern Pfandrecht in jenem Fall das Recht, den Zuschlag um die Taxe, mit Vorbehalt des Ueberschusses seiner Forderung und Herausgabe des Ueberschusses des Werths, von dem Regenten zu fordern (s. g. ius dominii impetrandi)[c]). Zwey Jahre lang vom Datum dieses Zuschlags an hat der Schuldner das Einlösungsrecht, so lange also bleibt das Eigenthumsrecht des Gläubigers und die Tilgung seiner Forderung durch den Zuschlag noch unentschieden[d]).

3. Einfluß gewillkürter Bestimmungen auf den Inhalt des Pfandrechts[a]).

§. 207.

Es können besondere Verabredungen getroffen werden über die Art des Verkaufs durch den Gläubiger[b]), mit Abänderung der gesetzlichen Vorschriften darüber (§. 205); ferner kann das Veräußerungsrecht des Schuldners beschränkt werden[c]). Auch sonst

---

regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

a) Cod. VIII. 34: de iure dominii impetrando.

b) L. 15 §. 3 C. de re iud. (42, 1), L. 2 C. si in causa iud. (8, 23).

c) L. 3 §. 2—6 C. h. t., L. 3 C. si in causa iud.

d) L. 63 §. 4 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 2 C. h. t., L. 3 §. 5 C. eod.

a) Dig. XX. 1: de pignor etc. et de pactis eorum. Cod. VIII. 35: de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

b) L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34), L. 5 D. de pign. act. (13, 7), vgl. §. 205 Note b. d.

c) Ohne daß jedoch Nichtigkeit der Veräußerung die Folge davon wäre (vgl. §. 145 Note e). Schon die specielle Verpfändung einer Sache bewirkt, daß durch die dolose Veräußerung derselben der Verpfänder sich eines Furtums gegen den Gläubiger schuldig macht, L. 19 §. 6 L. 66 pr. D. de furt. (47, 2). (Durch Nov. 112 c. 1 soll dem Schuldner die gefährliche Erlaubniß gegeben sein, sogar während der Verhandlung der Pfandklage die ver-

finden Erweiterungen der Rechte des Gläubigers Statt, wie namentlich durch das Pactum antichreticum[d]), verboten aber ist die lex commissoria, wonach der Verpfänder durch Nichtleistung seine Ansprüche gegen den Gläubiger verlieren, diesem also das Pfand für seine Forderung verfallen seyn soll[e]).

4. Inhalt bey verpfändeten Rechten.

§. 208.

Der Inhalt des Pfandrechts besteht auch hier in dem Recht des Verkaufs (des Rechts oder der Ausübung), und wie bey der Verpfändung einer Sache dem Gläubiger der Besitz für die Dauer des Pfandrechts eingeräumt werden kann, so auch hier die Ausübung des Rechts[a]). Auch das pignus nominis, welches in einer bedingten Cession der Forderung besteht[b]), enthält jenes Verkaufsrecht[c]), aber hier tritt noch hinzu, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung, soweit sie ihm cedirt ist[d]), ihre Fällig-

---

pfändete Sache zu veräußern: Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXV [1852] S. 444. In jener Bestimmung liegt aber nur, daß die Veräußerung nicht wegen der Litigiosität nichtig und strafbar ist, die actio furti wegen doloser Veräußerung wird dadurch nicht aufgehoben. Auch die actio hypothecaria erlischt erst durch Befriedigung des Gläubigers. R.)

d) L. 11 §. 1 D. h. t. (20, 1). S. §. 320.

e) L. 3 C. h. t. (Constantin.). Nicht unter dieses Verbot fällt die spätere Ueberlassung des Pfandes an Zahlungsstatt, L. 13 C. de pignor. (8, 14), L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5), die frühere Uebereinkunft, daß der Gläubiger im Nichtzahlungsfall, oder der Bürge, wenn er zahlen muß, das Pfand um einen billig zu bestimmenden Preis oder um den zeitigen Courspreis haben soll, L. 16 §. ult. D. de pign. (20, 1), L. 81 pr. D. de contr. emt. (18, 1). Glück, Comm. XIV S. 96 ff. — Eine sehr ausführliche „Dogmengeschichtliche Darstellung der L. von der l. comm. b. Pfandr." giebt Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XXIV S. 1 ff. S. 312 ff. XXV S. 60 ff. S. 226 ff. S. 420 ff.

a) L. 11 §. 2 L. 12 D. de pign. (20, 1).

b) Mühlenbruch, Cession d. Ford. §. 52 S. 519. Huschke, de pignore nominis etc. 1820. Von dieser juristisch allein möglichen Auffassung, welche übrigens einzelne Modificationen nicht ausschließt, entfernt sich wieder Buchka, de pign. nom. 1843.

c) L. 15 §. 10 D. de re iud. (42, 1), L. 7 C. de hered. v. act. vend. (4, 39).

d) L. 4 C. quae res pign. (8, 17).

keit natürlich vorausgesetzt, selbst geltend machen[e]), und durch ihre Eintreibung sich bezahlt machen, oder wenn es keine Geldforderung ist, ihren Gegenstand als Pfand behandeln kann[f]). Ebenso ist beim subpignus dem Gläubiger das Recht des Verpfänders cedirt, er übt das verpfändete Pfandrecht aus, wie dieser es ausüben würde[g]).

VI. Priorität[a]).

§. 209.

Unter mehreren Pfandrechten an demselben Gegenstand entsteht eine Collision theils in Beziehung auf das ius distrahendi,

e) L. 7 C. de hered. vel act. vend. (4, 39).

f) L. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 13 §. 2 D. de pign. (Note g). Mit Unrecht haben Einige (z. B. Mühlenbruch, Cession S. 346) die Worte pignoris loco esse in diesen Stellen von einem bloßen Retentionsrecht verstanden.

g) L. 1 C. si pignus pign. (8, 24): Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse iamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is qui ius repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius qui dedit —. L. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. exactam a creditore se compensaturum; Huschke in Linde's Zeitschrift XX S. 227 f.: cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum. R.), si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Die Ausdrücke rem pignoratam pignori accipere und ähnliche (welche, wenn ihr Kern herausgekehrt wird, der Auffassung im Text nicht entgegenstehen) haben Manche (z. B. Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläub. 1834. Vangerow, Leitf. §. 368) verleitet, als Gegenstand des Afterpfandrechts die Sache selbst anzusehen, von welchem Standpunkt aus eine richtige Gestaltung des Verhältnisses nicht möglich ist. — Die Streitfrage, ob beim Afterpfand die Forderung mit verpfändet sey? ist so zu beantworten: sie ist es, soweit sie im Pfandrecht mit geltend gemacht wird, aber an sich auch nur so weit. Vgl. Mühlenbruch, Cession S. 336 ff. Hepp, Archiv für civ. Pr. XV. 4. Vangerow a. a. O.

a) Dig. XX. 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et

theils in Beziehung auf die Befriedigung, wenn der Verkaufswerth nicht zur Tilgung aller Forderungen hinreicht. Nicht alle Pfandrechte stehen in dieser Hinsicht gleich[b]). Nur der prior creditor (d. h. dem kein Anderer vorgeht) hat ein vollkommen wirksames Pfandrecht[c]). Die Priorität wird bestimmt 1) durch das Alter des Pfandrechts[d]); 2) durch besondere Rechtsvorschrift (§. 211. 212). Die Entstehungsart des Pfandrechts (durch Bestellung oder durch Rechtssatz, durch generelle oder specielle Verpfändung) begründet an sich keinen Vorzug[e]), und eben so wenig ist in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Hypotheken und Faustpfandrechten[f]).

A. Alter der Pfandrechte[a]).

§. 210.

Drey Momente müssen zusammentreffen, wenn ein Pfandrecht entstanden seyn soll, und bestimmen daher den Anfangspunkt seiner Existenz: Forderung, Gegenstand, Entstehungsgrund.

1) Kein Pfandrecht existirt vor der Existenz der Forderung, für die es bestimmt ist[b]); bey einer bedingten Forderung wird

---

de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. VIII. 18: qui potiores in pignore habeantur. 19: de his qui in priorum creditorum locum succedunt.

b) Gleich aber stehen Gläubiger, denen dieselbe Sache von verschiedenen Nichteigenthümern verpfändet ist, insofern keiner gegen den Andern mit seiner Klage durchdringt, L. 14 D. h. t. (20, 4).

c) Vgl. L. 9 §. 3 eod. (§. 197 Note g), §. 205 Note g. Recht des nachstehenden Gläubigers zur hypothecarischen Klage, L. 12 pr. §. 7 eod.; zum offerre, L. 12 §. 9 eod., s. unten §. 213, auf den Ueberschuß des Preises, L. 12 §. 5 L. 20 eod.

d) L. 11 pr. eod., L. 4. 8 C. eod. (8, 18).

e) L. 2. 7 §. 1 D., L. 6 C. eod. u. a.

f) L. 5 §. 1 D. de pign. (20, 1).

a) Hepp, Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, Archiv für civ. Pr. X. 12 (1827). Cropp, über den Anfangstermin eines Pfandrechts für eine bedingte Schuld, in s. und Heise's Abhdlg. II. 15 (1830).

b) Es kommt darauf an, von welchem Zeitpunkt an der Schuldner verpflichtet ist, und dieß hängt von der Natur der Obligatio ab, die Darlehensforderung beginnt erst mit der numeratio, L. 11 pr. §. 1 D. h. t. (20, 4): Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acce-

diese Existenz beim Eintritt der Bedingung retrotrahirt[c]), und eine Forderung kann existiren auch noch ehe sie geltend zu machen ist[d]).

2) Ein Pfandrecht kann nie früher vorhanden seyn als sein Gegenstand[e]), aber bey der Verpfändung von res futurae entsteht, wenn nur die erzeugende Sache im Vermögen des Verpfänders ist, unmittelbar ein Pfandrecht an der Hoffnung, welches sich in dem Pfandrecht an der nachher entstandenen Sache fortsetzt, und so diesem selbst ein früheres Daseyn giebt[f]). Durch

---

perit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit. poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat conditio, ut potior sit qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. L. 1 §. 1 eod., L. 4 D. quae res pign. (20, 3), dagegen die Dotalforderung mit der Bestellung der Dos, also der dotis promissio, L. 1 pr. D. h. t.: Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Die unrichtige Ansicht über den Inhalt dieser Stellen s. bey Vangerow, Leitf. §. 372. — Eine Singularität enthält L. 6 §. 2 C. de sec. nupt. (§. 200, 3. b.) (Vgl. hiergegen Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 210 Anm. 2. R.)

c) L. 11 §. 1 D. eod. (Note b), L. 9 §. 2 eod.: — si modo ea conditio non sit, quae invito debitore impleri non possit, L. 9 §. 1 eod.

d) L. 9 pr. eod., L. 6 in f. C. de bon. qu. lib. (6, 61).

e) L. 11 §. 2 D. h. t. (20, 4): Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.

f) L. 11 §. 3 eod.: Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris, et in fructibus si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris. Vgl. L. 1 §. 2 D. de pign. (§. 197 Note c).

die (specielle oder generelle) Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen entsteht und beginnt ein Pfandrecht erst mit der Erwerbung derselben[g]).

3) Ein Pfandrecht beginnt erst mit dem Eintritt des Grundes seiner Entstehung: ein gesetzliches mit der Existenz jener Voraussetzungen (Forderung und Gegenstand), ein richterliches mit dem Act, an welchen die Entstehung des Pfandrechts geknüpft ist[h]), ein pignus voluntarium mit der Bestellung. Ein bedingt bestelltes Pfandrecht wird beim Eintritt der Bedingung auf die

---

g) L. 7 §. 1 D. h. t. (20, 4): Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. L. 28 D. de iure fisci (49, 14): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est. praevenit enim causam pignoris fiscus (Ulp.). (Vgl. Bachofen, Pfandrecht S. 260 f., der zwischen der generellen Verpfändung an den Fiscus und andern Collectivverpfändungen unterscheidet. R.) Die entgegengesetzte Meinung (siehe z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 312 Note 8, Schmidt, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VIII. [1851] 13, dagegen Herrmann, daselbst IX. [1851] No. 13. R.), die mit dem Erforderniß des Eigenthums an der erzeugenden Sache bey res futurae (Note f) in Widerspruch steht, will man gründen auf L. 15 §. 1 D. de pign. (20, 1), die nur von dem Bestehen, nicht von dem Alter des Pfandrechts spricht, und auf die eine andere Erklärung zulassende L. 21 pr. D. h. t.: Titius Seiae ob summam qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda (Scaevola). Vgl. auch Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Pr. XX S. 202 ff.

h) S. §. 198. Mehrere Gläubiger aber, die aus gleichem Grund auf die missio Anspruch haben, werden, wenn sie dieselbe auch successiv erhalten haben, doch als gleichzeitig mittirt, also als gleichstehend in dem pignus praetorium betrachtet, L. 5 §. 3 D. ut in poss. leg. (36, 4), vgl. L. 2 C. qui pot. (8, 18),

Zeit der Bestellung zurückbezogen, die Existenz der Forderung und des Gegenstandes zu dieser Zeit vorausgesetzt; wegen dieser Voraussetzung fällt bey der Bedingung: wenn der Verpfänder die verpfändete Sache erwerben würde, die Zurückbeziehung weg[i]). Eine Zeitbestimmung schiebt im Zweifel nur die Ausübung des Pfandrechts, nicht seine Entstehung auf[k]), wäre aber das letztere die Absicht gewesen, so würde keine Zurückbeziehung stattfinden. Gleichzeitig sind Pfandrechte, die an demselben Tage entstanden sind[l]).

Singulärer Vorzug gewisser Pfandrechte[a]).

§. 211.

Einen singulären, von dem Alter unabhängigen Vorzug hat 1) das Pfandrecht des Fiscus, und zwar schlechthin wegen der öffentlichen Abgaben[b]), das Pfandrecht wegen seiner sonstigen Forderungen hat nur den Vorzug vor gleichzeitigen Pfandrechten[c]);

---

i) L. 7 §. 1 D. h. t. (Note g). Gilt dieß von einer ausdrücklichen Bedingung, so muß es in Beziehung auf die Priorität auch von der Convalescenz einer ohne jene Bedingung geschehenen Verpfändung einer fremden Sache durch nachherige Erwerbung gelten. Anders bey der Convalescenz durch Ratihabition des Eigenthümers, L. 16 §. 1 D. de pign. (20, 1): Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

k) L. 12 §. 2 D. h. t. (20, 4): Si primus qui sine hypotheca credidit, post secundum qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

l) L. 16 §. 8 D. pe pignor. (20, 1), vgl. L. 10 eod. Auf der willkürlichen Festsetzung der Parteien beruht die in L. 13 D. h. t. (20, 4) anerkannte Priorität.

a) Zimmern, geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, römisch-rechtl. Untersuchungen (1821) Abhandl. 11. Göschen, Grundriß zu Pand. Vorl. S. 179—187.

b) L. 1 C. si propter publ. pensitat. (4, 46), L. 3 C. de primipilo (12, 63).

c) L. 28 D. de iure fisci (§. 210 Note g), L. 8 D. h. t. (20, 4): Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco

2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos[d]; 3) das Pfandrecht dessen, welcher für die Erhaltung, Wiederherstellung oder Anschaffung der verpfändeten Sache Gläubiger geworden ist, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam[e]. Dieses Privilegium (wegen in rem versio wie man es zu nennen pflegt) muß auch für den das Kaufgeld creditirenden Verkäufer gelten, wenn er sich ein Pfandrecht an der verkauften Sache vorbehalten hat, gegenüber den von dem Käufer herrührenden Pfandrechten.

Eine Collision unter den wegen in rem versio privilegirten Pfandrechten (also wenn für mehrere Pfandrechte an derselben Sache jene Qualität eintritt) entscheidet sich nicht nach dem Vorzug des Alters, sondern der Natur der Sache gemäß nach dem Antheil, welchen jeder Pfandgläubiger an der Erhaltung und dem jetzigen Bestand der Sache hat[f]. Was die übrigen Privilegien anlangt, so soll das Pfandrecht des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben allen schlechthin, also auch jenen, vorgehen, das privilegirte Pfandrecht der Ehefrau weicht dem des Fiscus und dem Pfandrecht, welches sich der Darleiher zum Ankauf einer Militia an dieser mit ausdrücklicher Bedingung der Priorität in einer von

---

debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferuntur (Ulp.). L. 21 §. 1 eod.: Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant, numeravit; idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas Procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit. Quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, secundum ea quae proponerentur, posse (Scaevola). Damit steht auch nicht im Widerspruch L. 21 pr. eod. (§. 210 Note g) und L. 2 C. de priv. fisci (7, 73). Vgl. über die verschiedenen Meinungen Vangerow, Leitf. §. 368.

d) L. 12 §. 1 C. qui pot. (8, 18), Nov. 97 c. 2—4. Von ihren Erben haben nur die Kinder dieses Privilegium, vgl. Nov. 91 pr. Glück, Comment. XIX S. 278 ff. Vangerow a. a. O.

e) L. 3 §. 1 L. 5. 6. 7 pr. 21 §. 1 D. h. t. (20, 4), L. 7 C. eod. (8, 18), Nov. 97 c. 3. 4. Von den gesetzlichen Hypotheken gehören hieher die Fälle §. 201, 1. 2. — Das Privilegium steht dem Pfandrecht nur für den Theil der Forderung zu, der zu jenem Zweck verwendet worden ist, L. 7 pr. D. h. t.

f) Vgl. L. 7 pr. D. h. t. (20, 4). Man kann auch nicht schlechthin, wie Manche wollen, sagen, daß der jüngere dem älteren vorgeht.

Zeugen unterschriebenen Urkunde hat bestellen lassen[g]), nicht aber den übrigen wegen in rem versio privilegirten[h]), ohne daß damit gesagt ist, daß sie, wie gewöhnlich angenommen wird, diesen absolut vorgeht.

Nach einer früher allgemein recipirten Ansicht erstrecken diese Privilegien ihre Kraft nicht auf die Pfandrechte, welche aus der Zeit eines früheren Eigenthümers sich herschreiben, und mit denen die Praxis, um sie gegen die von späteren Eigenthümern verliehenen privilegirten Pfandrechte sicher zu stellen, ein Separationsrecht verbunden hat. Diese Hülfe hat eine dringende Billigkeit für sich gegenüber den rein singulären Privilegien des Fiscus und der Ehefrau, sie ist aber auch diesen gegenüber nicht ohne allen Erfolg in neuerer Zeit angegriffen worden[i]).

C. Vorzug des Pignus publicum[a]).

§. 212.

Die Pfandrechte, die in einer öffentlichen Urkunde, oder in einer solchen, die von drey achtbaren und unbescholtenen Zeugen

g) Nov. 97 c. 4.

h) Nov. 97 c. 3. 4.

i) Thibaut, civ. Abhandl. 13 (1814), Archiv für civ. Pr. XIV. 10 (1831). Für die alte Praxis s. Hepp, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IV. 3 (1831). Wächter, Archiv XIV. 15 (1831).

a) Der Sitz dieses Vorzugs ist ein Gesetz Leo's, L. 11. C. qui pot. (8, 18): Scripturas quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Es giebt eine doppelte Auffassungsweise dieses Gesetzes 1) die im Text gegebene, deren Anhänger wieder in einzelnen Punkten von einander abweichen (Note b); 2) die Verordnung betrifft nur den Beweis des Alters, s. Glück's Commentar XVIII §. 1081, der aber selbst, indem er nicht an der Zuverläßig-

unterschrieben ist, bestellt sind, sollen den ohne diese Form bestellten, daher mit geringerer Glaubwürdigkeit versehenen ohne Rücksicht auf sonstige Prioritätsgründe vorgehen. Privilegirte Pfandrechte weichen nach dem Grund der Vorschrift eben so gut, als die mit dem Vorzug des Alters begabten[b]).

Von der Uebertragung der Priorität.

§. 213.

Die wesentliche Verbindung des Pfandrechts mit der Forderung, für welche es besteht, läßt den Uebergang eines bestehenden Pfandrechts, der wegen der Priorität desselben vortheilhafter seyn kann als eine neue Entstehung, nur mit dem Uebergang der Forderung selbst, soweit dieser direct oder indirect möglich ist, zu. So kann mit der Cession der Forderung zugleich das Pfandrecht cedirt werden[a]). Dasselbe Verhältniß, wie es durch eine Cession entsteht, wird aber auch ohne daß eine eigentliche Cession geschehen wäre, angenommen: 1) bey dem, welcher Geld leiht, damit ein Pfandgläubiger abgefunden werde, und sich dafür an demselben Gegenstand ein Pfandrecht bestellen läßt[b]), und eben so wird der Kauf des Gegenstandes zum Behuf der Abfindung des Gläubigers interpretirt, wenn nachstehende Pfandgläubiger existiren[c]), ferner die Erlaubniß eines Gläubigers, sein Pfand zu verkaufen, um einen andern abzufinden[d]); 2) bey

---

keit des Datums festhält, sondern die Glaubwürdigkeit der Existenz überhaupt hereinzieht, in ein ungewisses Schwanken zwischen dieser und der ersten Ansicht geräth.

b) Innerhalb der hier angenommenen Ansicht behaupten Einige den Vorzug des pignus publicum nicht bloß gegenüber andern Conventionalpfandrechten, sondern auch gegenüber den gesetzlichen Hypotheken, so hauptsächlich Löhr, Archiv für civ. Pr. VI. 6. XII. 9. S. dagegen Francke, Beiträge, Abh. 5. Puchta, Cursus der Inst. II §. 250. Vgl. §. 213 a. E.

a) L. 6 D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

b) L. 3 D. quae res pign. (20, 3), L. 12 §. 8 D. qui potior (20, 4), L. 1 C. de his qui in prior. (8, 19). Wegen der Worte der letzten Stelle: sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat, nimmt man gewöhnlich die ausdrückliche Bedingung des Eintritts in dessen Stelle als nothwendig an, ohne Grund, da sie nur die übereinstimmende Intention des Erfolgs als Voraussetzung angeben.

c) L. 17 D. qui pot. (20, 4), L. 3 C. de his qui in prior. (8, 19).

d) L. 12 §. 9 D. qui pot. (20, 4).

einer Novation, wenn sich für die neue Forderung das (alte) Pfandrecht vorbehalten wird[e]), creditor in suum locum succedit. 3) Ein nachfolgender Pfandgläubiger hat das Recht, den vorhergehenden, auch wider dessen Willen, zu befriedigen (ius offerendi) und dadurch das Pfandrecht desselben, wie durch eine Cession, an sich zu bringen[f]). So wird es auch behandelt, wenn ein Pfandgläubiger das von dem potior zum Verkauf gebrachte Pfand kauft, oder der Bürge in Folge der Befriedigung des Gläubigers die Sache kaufsweise erhalten hat[g]). 4) Ein ähnliches Verhältniß entsteht dadurch, daß unter mehreren Pfandgläubigern einer ein relatives Vorzugsrecht, gegenüber einem seiner Mitgläubiger, nicht auch gegen die übrigen hat[h]).

---

e) L. 11 §. 1 D. de pign. act. (13, 7), L. 3 pr. 12 §. 5 D. qui pot. (20, 4), L. 21 pr. eod. (§. 210 Note g). Nur von der novatio voluntaria ist hier die Rede, L. 18 D. de novat. (46, 2), nicht von der necessaria, L. 29 eod., L. 13 §. 4 D. de pignor. (20, 1).

f) L. 22 C. de pignor. (8, 14), L. 1. 5 C. qui potior. (8, 18), L. 11 §. 4 L. 12 §. 6 L. 18 D. eod. (20, 4). Haubold, de iure offerendi 1793 (opusc. I. p. 573). Controverse: ob auch der vorzüglichere Gläubiger es gegen den Nachstehenden habe (s. Vangerow, Leitf. §. 377), vgl. Paulus, sent. II. 13, 8: — sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. — Das ius offerendi des Pfandgläubigers als solchen (also abgesehen von dem, welches er wie jeder Besitzer, s. §. 215, haben kann) fällt weg mit der Verjährung der hypothecarischen Klage, L. 7 §. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

g) L. 2 D. de distr. pign. (20, 5): Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet, nihilominus alteri creditori qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit, nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate iuris fieri solet. L. 5 §. 1 L. 6 eod. (§. 202 Note l), L. 29 D. fam. erc. (§. 205 Note h).

h) S. §. 212. Nicht durch res iudicata, wodurch einer dem andern vorgezogen worden ist, L. 16 D. qui pot. (20, 4): Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori; cum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit; fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere,

VII. Schutz des Pfandrechts[a]).

§. 214.

Der Schutz des Pfandrechts muß vornehmlich auf die Ausübung des Verkaufsrechts, als seines Hauptinhalts, mithin darauf gerichtet seyn, dem Gläubiger zu diesem Zweck den Besitz des Pfandes zu verschaffen. In diesem Besitz befindet er sich von Anfang bey dem Faustpfand, zur Aufrechthaltung desselben und zur Wiedererlangung des verlorenen hat er die interdicta retinendae et recuperandae possessionis, namentlich das interdictum de precario, wenn er dem Schuldner den Besitz precario verwilligt hat[b]). Bey dem Pfandrecht ohne Besitz, also bey der Hypothek — denn bey der Fiducia hatte er als Eigenthümer die rei vindicatio[c]) — bedarf er besonderer Klagen, die der Prätor mit der Anerkennung der Verpfändung durch bloße Uebereinkunft, und zwar als utiles actiones, jenen nachgebildete, gegeben hat. Der Prätor, welcher die hypothecarische Verpfändung zuerst (für den Fall der Verpfändung der invecta et illata durch den Pächter eines praedium rusticum für den Pachtzins) anerkannte, gab dem Gläubiger ein utile interdictum de precario, d. h. es sollte so angesehen werden, als sey ein Faustpfand gegeben worden, und der Schuldner hätte nur precario die Sache zurück-

---

mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam, numquid adversus Turbonem qui secundo loco crediderat, tertius creditor qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra, si post primum iudicium in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor (adversus) tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur. Wie man nun gerade diese Stelle anführen kann, um die Meinung einer successio in locum durch res iudicata zu begründen (s. z. B. noch Vangerow, Leitf. §. 377), ist nicht leicht einzusehen.

a) Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 251. (Anders: Rudorff, über die Pfandklagen, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. Num. 4 [1846]. Bachofen, röm. Pfandrecht [1847] S. 26 f. 636 f. R.)

b) L. 6 §. 4 L. 11 D. de precario (43, 26).

c) Bestimmter pigneraticia in rem actio genannt.

erhalten: dieß ist das interdictum Salvianum[d]). Ein folgender Prätor ging weiter, und gab in demselben Fall eine utilis in rem actio, d. h. es sollte so angesehen werden, als sey fiducia verpfändet worden; dieß ist die Serviana actio, die nachher auf alle Fälle hypothecarischer Verpfändung, und natürlich auch auf das Faustpfand, als quasi Serviana actio ausgedehnt worden, und für welche der allgemeine Name hypothecaria actio ist.

Durch Vertrag (pactum de ingrediendo) kann dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden, sich eintretenden Falls ohne Klage[e]) in den Besitz des Pfandes zu setzen, was außerdem eine verbotene Selbsthülfe ist[f]). Widersetzt sich indessen der Verpfänder, so muß auch dort der Weg der Klage eingeschlagen werden[g]).

A. Hypothecarische Klage.

1. Bey verpfändeten Sachen.

§. 215.

Die vindicatio pignoris hat der Pfandgläubiger[a]) gegen jeden Besitzer der Sache, auch den fictus possessor[b]), wenn die Zeit zur Ausübung des Pfandrechts gekommen ist[c]), auf Herausgabe der Sache[d]), auch, wie bey der Rei vindicatio, jedoch nur soweit der Zweck der Klage es erfordert, auf die Früchte[e]). Abgesehen von Einreden, welche die Hypothecaria mit der Rei vindicatio gemein

---

d) Daher die Rubrik des Codextitels: de precario et Salviano interdicto.

e) Ohne Recht, wie es im R. D. A. 1600 §. 32 heißt.

f) §. 80, L. 3 C. de pign. (8, 14).

g) Man pflegt wohl L. 11 C. de pign. act. (4, 24) hier zu allegiren, die aber nur sagt, daß der Gläubiger sich nicht durch Eigenmacht ein Pfandrecht verschaffen kann.

a) Ueber den Beweis s. L. 23 D. de probation. (22, 3), §. 197 Note e.

b) L. 16 §. 3 D. de pignor. (20, 1).

c) L. 5 §. 1 D. qu. mod. pign. (20, 6). Ueber die formelle Möglichkeit früherer Anstellung vgl. Huschke, vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht, Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XX. 5 (1844). Materiell ist sie gestattet zur Sicherstellung künftiger Ausübung, L. 13 §. 5 L. 14 pr. D. de pignor. (20, 1).

d) Wie bey der Rei vindicatio, L. 16 §. 3 L. 21 §. 3 eod. Vgl. über das heutzutage übliche Petitum der Klage W. H. Puchta, über die gerichtl. Klagen §. 128.

e) L. 16 §. 4 D. de pign. (§. 203 Note f).

hat[f]), wird eine Einrede begründet 1) durch ein gleiches oder besseres Pfandrecht des Besitzers[g]); 2) durch das Jus offerendi, welches jeder Beklagte hat, indem er durch die Befriedigung des Klägers Grund und Zweck der Klage aufhebt[h]); 3) durch das Recht, den Gläubiger vorerst auf ein anderes Befriedigungsmittel zu verweisen, exceptio excussionis, a) an die Person des Schuldners und des Bürgen, exc. excussionis personalis, welche der dritte Pfandbesitzer hat[i]); b) an ein anderes Pfand, exc. excuss. realis, welche in Folge der Verbindung einer speciellen oder generellen Verpfändung einem nachstehenden Pfandgläubiger zusteht[k]). 4) Die Klage verjährt, wenn ein Dritter besitzt, in dreißig, wenn

---

f) So namentlich wegen Verwendungen, L. 29 §. 2 eod.

g) L. 12 pr. D. qui pot. (20, 4), L. 14 eod. Der Excipient braucht nur sein Pfandrecht, der Kläger sodann muß ein besseres beweisen.

h) L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6). Nur der iustus possessor aber kann überdieß Cession der Forderung verlangen, L. 19 D. qui potior. (20, 4) (vgl. Knorr, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 8 S. 177 f. [1846]. R.), die übrigens zu einer exceptio doli gegen den Eigenthümer nicht erforderlich ist.

i) Nov. 4 c. 2, vgl. c. 1. (Aufhebung bey specieller Verpfändung durch Nov. 112 c. 1. Glück, Comment. XVIII S. 370 ff.), Löhr, Archiv für civ. Pr. XXVI. 1 (1843). (Knorr, daselbst XXVIII. 8 S. 187—206 [1846]. Busch, daselbst, XXXI S. 20—25 [1848]. R.) Controverse: ob die exceptio durch den Concurs der Person, deren vorherige Ausklagung verlangt werden würde, ausgeschlossen wird, oder, wie man die Frage eigentlich stellen sollte: ob das Beneficium der Novelle auf diesen Fall auszudehnen ist? Vgl. z. B. Sell, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. III. 13 (1330), Chop, Archiv für civ. Pr. XV. 3 (1832).

k) L. 2 C. de pignor. (8, 14). Der Einwand, der auch dem Verpfänder zustehen kann, daß die generelle Verpfändung nur in subsidium, also ausdrücklich (L. 2 D. qui pot. 20, 4) oder stillschweigend (L. 9 C. de distr. pign. 8, 28) nur unter der Bedingung geschehen sey, daß die speciell verpfändete Sache nicht zureiche, ist eine Negation des Pfandrechts, keine exceptio. Puchta, Erlang. Jahrb. VI S. 10 ff. — Ein Beneficium für nachstehende Pfandgläubiger gegenüber einem ihnen vorgehenden, dem mehrere Sachen speciell verpfändet sind, — s. L. 8 D. de distr. pign. (20, 5): Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire — stellt auf Guyet, Archiv für civ. Pr. XVIII. 14, einer vermeinten Billigkeit gemäß, die kein gemeinrechtliches Fundament hat. — (Kann der Gläubiger zum Nachtheil des Bürgen oder Besitzers der Hypothek eine andere Sicherheit aufgeben? s. Knorr, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 8 [1846] S. 167—177. R.)

der Schuldner und Verpfänder, in vierzig, von dem Tod des Schuldners an auch hier in dreißig Jahren[1]).

2. Bey verpfändeten Rechten.

§. 216.

Der Pfandgläubiger hat, wenn ein Recht verpfändet ist, die Klage aus demselben zum Behuf der Ausübung seines Pfandrechts als utilis actio; so steht ihm denn beim subpignus eine utilis hypothecaria[a]), und bey dem pignus nominis die utilis in personam actio zu[b]).

B. Interdictum Salvianum[a]).

§. 217.

Das prätorische Edict hat die Anerkennung der hypothecarischen Verpfändung mit der Gewährung eines interdictum adipiscendae possessionis[b]) in dem oben (§. 214) namhaft gemachten Fall begonnen, welches nach der Einführung der Serviana actio zwar nicht wieder zurückgenommen, aber nicht wie diese, da sich kein Bedürfniß dafür zeigte, auf andere Fälle ausgedehnt ward[c]).

---

1) L. 7 §. 1. 2 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

a) L. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1).

b) L. 20 eod., L. 4 C. quae res pign. (8, 17). Die exceptio excussionis ist gegen diese Klage nicht denkbar, da die Bedingungen derselben fehlen. Die L. 4 C. quando fiscus vel privat. (4, 15), welche man hier angeführt hat, spricht von der bey der pignoris capio zu beobachtenden Ordnung, s. L. 2 C. eod., L. 14 §. 2 D. de re iud. (42, 1).

a) Dig. XLIII. 3: de Salviano interdicto. Cod. VIII. 9: de precario et Salviano interdicto. Nahezu alle Punkte der Theorie dieses Rechtsmittels sind controvers, vgl. Thibaut, Archiv für civ. Pr. XI. 7 (1828), Zimmern, ebendas. XI. 15, Huschke, Studien I. 4 (1830). (Die Ansicht Huschke's ist noch neuerdings adoptirt von Francke, Archiv für civ. Pr. XXX. 6 [1847]. R.) Puchta, Cursus d. Inst. II §. 251. (Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII S. 209—226: das Salvianum ist ein rein possessorisches und prohibitorisches Rechtsmittel zum Schutz der Abduction der Illaten. R.)

b) L. 2 §. 3 D. de interd. (43, 1).

c) L. 1 C. h. t. (Note d), L. 2 D. eod. (Note d). §. 3 I. de interd. (4, 15). Theophilus ad h. l. Gai. IV. 147. (Wegen Paul. sent. V. 6, 16 s. Puchta, Cursus II §. 251 Note h). Heutzutage wird das Interdict, unzweckmäßiger Weise, als ein provisorisches Rechtsmittel behandelt, und allen hypothecarischen Gläubigern gestattet. (Auch schon im römischen Recht. Vgl. Rudorff, S. 202 f. 237 f. R.)

Nach dem Muster des interdictum de precario findet es nur gegen den Verpfänder selbst Statt[d]).

---

d) L. 1 C. h. t. (8, 9): Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt, venum dedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda (Gordian.). Damit steht auch nicht im Widerspruch Julian L. 1 D. h. t. (43, 33): Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experiuntur. inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id factum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Idem servari conveniet, et si colonus rem quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur. Vgl. L. 10 D. de precar. (43, 26), L. 2 D. h. t.: In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. Vgl. auch L. 10 D. de pign. (20, 1). (Das Salvianum beschränkt sich weder auf den Verpfänder, noch geht es unbedingt gegen Dritte, sondern nur gegen den, welcher sich der Besitzergreifung mit Gewalt widersetzt und dadurch das Aneignungsrecht des Pfandgläubigers verletzt. Hat dieser freiwillig, selbst mit Vorbehalt des Pfandrechts, auf den possessorischen Schutz verzichtet, so fällt das Besitzergreifungsrecht weg und es bleibt nur die Pfandrechtsklage. L. 4 §. 1 quib. mod. pign. [20, 1], L. 1 C. cit.: — si te non remittente pignus — vgl. Rudorff a. a. O. S. 223 f. R.)

Sechstes Buch.

Die Rechte an Handlungen[a]).

Erstes Kapitel.

Von der Obligatio überhaupt[b]).

Einleitung.

§. 218.

Die Lehre von den Obligationen zerfällt in einen allgemeinen Theil, dessen Aufgabe das Recht der Obligatio überhaupt ist, und in einen speciellen, welcher die Eigenthümlichkeiten der einzelnen obligatorischen Verhältnisse darstellt. Jede einzelne Obligatio ist nur eine besondere Form, in welche sich das Recht der Obligatio überhaupt einkleidet, und steht unter den allgemeinen Principien dieses Rechts, deren Anwendung und besondere Gestaltung für sie die Aufgabe der Theorie einer jeden einzelnen Obligatio ist. Die Zahl der einzelnen Obligationsfälle ist so unbeschränkt und ungeschlossen als die Bedürfnisse und Gestaltungen des Verkehrs selbst, aus denen ihre Mehrheit und Verschiedenheit sich herschreibt, jeder Augenblick kann in den wechselnden Richtungen und der wachsenden Mannigfaltigkeit des Verkehrs neue Obligationsarten hervorbringen, welche unter die gegenwärtigen

a) Abgesonderte compendiarische Darstellungen der Lehre von den Obligationen: Bucher, das Recht der Forderungen 1815. 1830, Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der L. des R. R. von den Schuldverhältnissen, 2 Bände 1840. (Von sehr verschiedenem Character und Werth ist: Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Erster Band 1851 [das erste Kapitel des allgemeinen Obligationenrechts enthaltend]. Zweiter Band 1853. Vgl. §. 9 a. Note n. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen: Koch, das Recht der Forderungen nach gem. und nach preuß. Rechte mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen III. 1836—1844. J. Molitor, les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français. III. 1851 ff.

b) Inst. III. 13: de obligationibus. III. 14 sqq. Dig. XLIV. 7. Cod. IV. 10: de obligationibus et actionibus.

Formen sich nicht schlechthin subsumiren lassen, die aber unter den Gesetzen der Obligatio überhaupt stehen, und in diesen, mit Hinzunahme der den besonderen Obligationsfall bestimmenden Intentionen, und der etwaigen Analogien in den bestehenden einzelnen Obligationen, ihre rechtliche Norm finden[c]). Und darin liegt zugleich das praktische Interesse jener Unterscheidung eines allgemeinen und speciellen Theils.

I. Begriff.

§. 219.

Obligatio ist das Rechtsverhältniß[a]), vermöge dessen eine Person (Gläubiger, creditor) ein Recht (Forderung) an einer Handlung einer andern (Schuldner, debitor) hat[b]). Die rechtliche Macht, welche die Obligatio dem Gläubiger verleiht, besteht nicht in einer beliebigen Disposition über die Handlung, sondern in der Möglichkeit, ihre Vornahme als Leistung an den Berechtigten zu fordern. Die Obligatio enthält für den Gläubiger eine Vermehrung des Vermögens, nur daß der specifische Bestandtheil, der diese Vermehrung bildet, noch in dem Vermögen eines Andern sich befindet, der ihn schuldet; eben so enthält sie für den Schuldner eine Minderung des Vermögens, nur daß der specifische Bestandtheil, um den es gemindert wird, noch nicht wirklich aus

---

c) Nicht selten hat das falsche Bestreben, jedes entstehende Obligationsverhältniß (z. B. die Obligatio zwischen Schriftsteller und Verleger) in eine der durch das römische Recht gegebenen Formen zu pressen, zu einer widernatürlichen Beurtheilung solcher Obligationen verleitet. So war es früher herrschende Meinung, man müsse jeden neu vorkommenden Vertrag, der nicht unter den Begriff eines im römischen Recht bestimmt gegebenen falle, bey den s. g. Innominatcontracten unterbringen, eine Meinung, die auf dem Mißverständniß von Stellen ganz anderer und eigenthümlicher Bedeutung (L. 2. 3 D. de praescr. verb.) beruht, und die um so verkehrter ist, als die Doctrin von den Innominatcontracten selbst der heutigen Anwendbarkeit entbehrt (§. 250).

a) Ueber die Bedeutungen des Wortes obligatio (Act, wodurch das Verhältniß entsteht — das Verhältniß selbst, und zwar entweder von beiden Seiten, oder von Seiten des Gläubigers oder Schuldners) vgl. Hugo, civ. Magazin III. 20. V. 3.

b) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Ueber diese Eintheilung s. Puchta, Cursus d. Inst. II §. 165.

seinem Vermögen entfernt ist. Dieser Bestandtheil kann Eigenthum, Besitz, Gebrauch, Arbeit, Beschränkung der Thätigkeit seyn, immer ist es ein Sachwerth, auf den die Forderung und die ihr gegenüberstehende Verbindlichkeit wesentlich sich richtet[c]). In jeder Obligatio liegt daher ein Anvertrauen, es ist etwas bey dem Schuldner, das er leisten soll, sey es sofort oder später, und darum eben wird jeder Forderungsberechtigte Gläubiger, creditor genannt[d]). In einem vorzüglichen Sinn aber tritt dieses Anvertrauen und Creditiren ein, wenn der zu leistende Gegenstand von dem Gläubiger ausgegangen und an den Schuldner gekommen ist, oder als ein solcher aufgefaßt werden kann[e]). Unter diesen Fällen zeichnet das römische Recht wieder die durch eine eigenthümliche Behandlung namentlich in Beziehung auf den gerichtlichen Schutz aus, in denen ein Gegenstand in das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, so daß der Gläubiger keine Vindication mehr, und mithin auf das Entschiedenste und Vollständigste dem Schuldner creditirt hat[f]); dieß sind die Fälle, in welchen die Klage des Gläubigers eine condictio ist §. 83. 304—312[g]).

II. Inhalt der Obligatio.

A. Gegenstand.

1. Erfordernisse.

§. 220.

Der Gegenstand der Forderung ist eine Handlung des Schuldners (Thun oder Unterlassen). Diese Handlung muß 1) möglich seyn, impossibilium nulla obligatio[a]), natürlich[b]) und rechtlich[c]), eine bloß individuelle Unmöglichkeit für den Verpflichteten

---

c) Man pflegte darum sonst die Forderung, im Gegensatz zu dem Recht an einer Sache, Recht auf eine Sache, ius ad rem, zu nennen.

d) L. 10–12 D. de V. S. (50, 16).

e) L. 1 pr. 2 §. 3. 5 D. de rebus creditis (12, 1).

f) Vgl. z. B. L. 31 D. loc. (19, 2): — — merces quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret — —.

g) Savigny, System des heutigen R. R. V §. 219, und besonders Beil. XIV.: die Condictionen.

a) L. 185 D. de R. I. (50, 17). Vgl. Unterholzner, Schuldverhältn. I §. 100—102.

b) L. 35 pr. 69. 97 pr. D. de V. O. (45, 1), §. 5 I. eod. (3, 15).

c) L. 83 §. 5 L. 103 D. eod., L. 29 §. 1 L. 82 pr. 98 pr. eod.

schließt die Obligation nicht aus[d]); auch kann die Verpflichtung zu einem unmöglichen Gegenstand durch einen hinzukommenden Umstand eine Obligatio auf einen andern Gegenstand hervorbringen[e]). Bey einem vielleicht nur für jetzt unmöglichen Gegenstand entscheidet die Zeit der entstehenden Obligatio[f]), darum ist die Obligatio unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Möglichwerdens zuläßig[g]). 2) Die Handlung muß eine erlaubte seyn[h]). 3) Sie muß einen Vermögenswerth haben[i]), und zwar einen Vermögenswerth für den Gläubiger (Interesse als Erforderniß der Obligatio)[k]), nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist, wird auch ein Affectionsinteresse zur Begründung derselben zugelassen[l]). Wegen jenes

---

d) L. 34. 137 §. 4. 5 eod., L. 28 D. de contr. emt. (18, 1).

e) L. 4 eod.: Et liberi hominis et loci sacri et religiosi qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur. L. 35 pr. D. de V. O. (45, 1): — nisi per quem stetit, quo minus facere id possit. L. 83 §. 7 eod.

f) L. 72 §. 4 D. de solut. (46, 3), L. 83 §. 5 L. 87. 98 pr. D. de V. O. (45, 1).

g) Vorausgesetzt daß diese Bedingung nicht selbst unstatthaft ist, L. 83 §. 5 eod., L. 34 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1).

h) L. 26 D. de V. O. (45, 1): Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. L. 27 pr. 35 §. 1 eod., L. 4 C. de inut. stip. (8, 39), L. 15 D. de cond. inst. (28, 7): — nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papin.).

i) L. 9 §. 2 D. de statulib. (40, 7): — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt —.

k) L. 8 §. 6 D. mand. (17, 1), L. 32 D. loc. (19, 2), L. 13 pr. D. de re iud. (42, 1). Dieses Erforderniß gilt von dem Gegenstand, nicht von der Bedingung, unter welcher etwas versprochen worden ist, L. 11 D. de relig. (11, 7): Quod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri debet. L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1).

l) L. 54 pr. D. mand. (17, 1): Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione mandati agetur; finge filium naturalem vel fratrem esse. placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam (Papin.). L. 1 §. 2 in f. D. de tut. act. (27, 3), L. 7 D. de annuis leg. (33, 1), L. 71 pr. D. de cond. et dem. (35, 1), L. 44 D. de manum. test. (40, 4), L. 6. 7 D. de serv. export. (18, 7). Nie-

Erfordernisses ist auch keine Obligatio auf einen schlechthin unbestimmten[m]), oder durchaus in die Willkür des zu Verpflichtenden gestellten Gegenstand möglich[n]).

2. Verschiedenheit des Gegenstands.

a. Bestimmtheit oder Unbestimmtheit.

§. 221.

Die Obligatio kann ein certum oder ein incertum zum Gegenstand haben. Jenes ist vor allem der Fall, wenn sie auf einen individuell bestimmten Gegenstand geht, der in die rechtliche Herrschaft des Gläubigers gebracht werden soll (obligatio ad dandum), so daß also der Werth der Leistung in dem Werth dieses Objects (Sache oder Recht) sich darstellt. Nur bey fungiblen Sachen ist es ihrer Natur nach (§. 36 a. E.) genug, wenn sie der Qualität und Quantität nach vollkommen bestimmt sind, um die Obligatio auf das Geben derselben zu einer Obligatio auf ein certum zu machen[a]). Auf ein incertum geht jede Obligatio, bey welcher das Object der Leistung nach Individualität, Qualität, Quantität nicht vollkommen bestimmt, oder die Leistung selbst nicht ein dare in dem vorhin angegebenen Sinn ist[b]). Solche sind die Obli-

---

mals kann das Affectionsi nteresse Gegenstand der Forderung seyn, s. §. 225. (Die Behauptung, daß nur bei Stipulationen das eigene Interesse des Stipulators zur Gültigkeit des Vertrags erforderlich sey, in anderen Fällen z. B. dem mandatum aliena gratia [L. 6 §. 4 D. mand. 17, 1 §. 323 e] auch der Nutzen eines Dritten genüge — Heyer, Abh. 1841. Num. 1, bestritten von Vangerow, Leitfaden III. 290, Sintenis, Civilr. §. 102; Replik: Heyer, Zeitschr. für Civilr. und Proz. N. F. III. 1 [1846] — ist nicht sowohl unrichtig, als einer tieferen Begründung bedürftig und mehrfachen Modificationen unterworfen, z. B. §. 256 a. R.)

m) L. 94. 95 D. de V. O. (45, 1), vgl. L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3).

n) L. 108 §. 1 D. de V. O., vgl. L. 3 C. de dotis prom. (5, 11), L. 22 §. 1 D. de R. I (50, 17).

a) L. 74 D. de V. O. (45, 1): Stipulationes quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphorae centum. L. 75 §. 5. 10 eod., L. 6 D. de reb. cred. (12, 1).

b) L. 75 D. de V. O. (45, 1). Mit der Eintheilung in certae und

gationen auf nicht fungible Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind[c]), ferner auf alternativ bestimmte Gegenstände, von denen beide in obligatione sind, nur einer aber in solutione[d]), die Obligatio ist aber nur dann incerta, wenn der Schuldner, was die Regel ist, nicht wenn der Gläubiger die Wahl hat[e]). Die Wahl geschieht unveränderlich an sich erst durch die Leistung bey dem Schuldner, durch die Klage bey dem Gläubiger[f]), ist sie ausdrücklich auf den Willen gestellt, durch die Erklärung dieses Willens[g]). Das Stellen der Wahl auf eine bestimmte Person kann als Bedingung gemeint seyn, außerdem geht die Forderung durch die Nichtwahl nicht unter[h]). Endlich kann der Gegenstand überhaupt auf das Arbitrium einer Person gestellt, und dieses

---

incertae stipulationes fällt dem Effect nach zusammen die in stipulationes dandi und faciendi, L. 72 pr. L. 75 §. 7 eod.

c) L. 75 §. 1 D. eod. Anders, wenn die Intention auf einen individuell bestimmten Gegenstand ginge, und seine Bezeichnung unterlassen wird, dieß ist keine incerta, sondern eine imperfecta obligatio, L. 115 pr. eod., L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3).

d) L. 5 §. 2 D. qui et a quib. manum. (40, 9), L. 128 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 75 §. 8 L. 93. 112 pr. eod., L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1). Für die Vermächtnisse gilt ein besonderes Recht.

f) L. 106. 138 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. L. 19 D. de leg. II. (31).

g) L. 84 §. 9 D. de leg. I. (30): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato. si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. L. 112 pr. D. de V. O. (45, 1).

h) Vgl. L. 76 pr. eod.: Si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret. in heredes tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore. L. 141 pr. eod.: Si servus aut filiusfamilias ita stipulatus sit, illam rem aut illam utram ego velim, non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet. L. 75 §. 3 D. de leg. I. (30): Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit quod ei debebatur, tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit. L. 141 §. 1 D. de V. O. (45, 1).

kann Gutdünken schlechtweg (nur nicht beim Schuldner §. 220 a. E.) oder arbitrium boni viri seyn[i]).

b. Theilbarkeit und Untheilbarkeit[a]).

§. 222.

Eine Leistung, und mit ihr die Obligatio selbst, wird theilbar (während Handlungen an sich betrachtet eigentlich durchaus untheilbar sind) durch ihren Gegenstand, nur durch diesen also auch oder durch die Art, wie er Gegenstand ist, wird sie (absolut oder relativ) untheilbar.

Vollkommen untheilbar sind die Obligationen auf Leistung eines untheilbaren Gegenstands (einer Servitut, eines factischen Thuns oder Unterlassens), eine theilweise Forderung, eine theilweise Erfüllung oder sonstige Tilgung ist unmöglich, und auch durch den Eintritt mehrerer Subjecte (z. B. durch Erbfolge) wird die Obligatio nicht getheilt[b]).

---

i) L. 75—79 D. pro soc. (17, 2), L. 7 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 24 pr. 25 pr. D. locati (19, 2), L. ult. C. de contr. emt. (4, 38), L. 3 C. de dotis prom. (5, 11), L. 22 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

a) Zu vergleichen sind Rubo, Versuch einer Erklärung der Fragmente L. 2. 3. 4. 85 D. de V. O. — über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligation 2c. 1822. Ribbentrop, Correaloblig. (1831) §. 21 ff. de Scheurl, comm. ad L. 2. 3. 4. 72. 85 D. de V. O. inserta de dividuis et indiv. oblig. disqu. 1835. Unterholzner, Schuldverh. I §. 104. (Jetzt vor Allen: Savigny, Obl. Recht [1851] I §. 29—36 S. 303—381, wo diese Lehre auf ihre ächten und natürlichen Grundlagen zurückgeführt ist. R.)

b) L. 11 D. de serv. (8, 1), L. 13 §. 1 D. de acceptil. (46, 4), L. 2 §. 1. 2. 5. 6 L. 3. 4 pr. §. 1 L. 72 pr. 85 §. 2. 3 L. 131 pr. 136 §. 1 L. 140 §. 2 D. de V. O. (45, 1). (Daher tritt bei der Verpflichtung mehrerer Schuldner Correalität, bei der Berechtigung mehrerer Gläubiger Verurtheilung in die antheilige Geldästimation ein [§. 233 o]. Die letztere fällt jedoch im heutigen Recht weg [§. 239 d], Savigny, §. 33—36. R.) Theilbare Facta z. B. amplius non agi, L. 4 §. 1 eod. (vacuam possessionem tradi — die widersprechende L. 72 pr. D. de V. O. [45, 1] wird von Hinzufügung einer Conventionalstrafe verstanden, Savigny, Obl. Recht I §. 32 S. 335 ff., einfacher erklärt sie sich aus der besondern öconomischen Natur der Gutsübergabe [fundum tradi] —, eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen [operae] bei gemeiner Handarbeit, L. 15 §. 1 D. de op. lib. [38, 1], L. 54

Eine Art von Untheilbarkeit tritt aber auch da ein, wo eine theilweise Leistung zwar möglich wäre, aber die Theilung sie verändern würde, was nur mit dem Willen des Gläubigers geschehen kann[c]), so bey der Obligatio auf ein Genus und auf ein Alternativum. Dieß hat die Wirkung, daß die Leistung eines Theils von einem Individuum ohne Wirkung auf die Obligatio ist[d]), und daß, wenn der Schuldner mehrere Erben hinterläßt, der Gläubiger einen Gegenstand ganz von ihnen zu erhalten verlangen kann, aber sie sind ihm nicht solidarisch verpflichtet, und eben so wenig ist eine theilweise Forderung ausgeschlossen[e]).

c. Verbindung mehrerer Leistungen.

§. 223.

Die Verbindung mehrerer Gegenstände kann die Obligatio selbst vervielfältigen, so daß es so viele Obligationen sind als Gegenstände. Dieß ist der Fall, wenn bey dem Vertrag mehrere zu leistende certa neben einander aufgeführt (also nicht etwa in einer Collectivbezeichnung zusammengefaßt) sind[a]). Eben so wenn

---

§. 1 D. de V. O. [45, 1], eine nach Maßen in Accord gegebene Arbeit, anders ein opus, bei dem sich die zur Vollendung nöthigen einzelnen Arbeiten nicht auf Zahlenverhältnisse zurückführen lassen. L. 80 §. 1 D. ad L. Falc. [35, 2]. Das Kriterium der Theilbarkeit ist allein die natürliche Beschaffenheit der Leistung, nicht etwa das formelle Recht der Stipulation: Savigny a. a. O. S. 332. 375. R.)

c) L. 17 D. de acceptil. (46, 4): Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, et petere quinque, aut partem hominis potest.

d) L. 2 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur, quaedam non recipiunt, ut in his quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur, quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quidlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari.

e) L. 2 §. 3. 4 L. 85 §. 4 eod., L. 15 D. de leg. II. (31). (Vgl. Savigny, §. 32 S. 345—349. R.)

a) L. 29 pr. L. 86. 140 pr. §. 1 D. de V. O. (45, 1). Es ist dieß offenbar als Intention der Parteien zu betrachten.

mit einem certum ein incertum verbunden wird[b]). Eine Obligatio auf ein incertum dagegen bleibt Eine, wenn sie gleich mehrere Leistungen umfaßt[c]).

Das Verhältniß dieser Leistungen kann ein gleiches seyn (z. B. die Verbindlichkeit des Verkäufers zum tradere, und zum habere licere praestare), oder ein ungleiches, so daß die eine principal (Hauptgegenstand), die andere accessorisch (Nebengegenstand) ist (z. B. Tradition der Sache und Prästation der Früchte), und in demselben Verhältniß können auch, wenn die Verbindung eine Mehrheit von Obligationen bewirkt, die mehreren Obligationen stehen.

d. Einzelnes.

α. Leistung des Interesse[a]).

§. 224.

Da die Handlungen Gegenstand der Obligationen von Seiten des Vermögenswerths sind, der ihnen zukommt, so geht jede Obligatio mittelbar auf den Werth eines Gegenstandes. Aber dieser Werth kann auch unmittelbar Gegenstand einer Forderung seyn, Haupt- oder Nebengegenstand. Die richterliche Aestimation dieses Werths hängt 1) von dem Gegenstand ab, dessen Werth bestimmt werden soll[b]), 2) von den Umständen, die bey der Aesti-

---

b) L. 75 §. 9 eod.

c) L. 16 §. 1 eod.: Stipulatio huiusmodi: in annos singulos, una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur. L. 58 pr. D. de fideiuss. (46, 1): Si a colono stipulatus fideiussorem accepit, una stipulatio est plurium pensionum, et ideo in universis pensionibus fideiussor tenetur. Vgl. L. 140 §. 1 D. de V. O. (45, 1): De hac stipulatione: annua bima trima die id argentum quaque die dari, apud veteres variatum fuit. Paulus: sed verius et hic tres esse trium summarum stipulationes. Wegen der Vermächtnisse s. L. 20. 26 D. quando dies leg. (36, 2).

a) Frühere Versuche: Schömann, Lehre vom Schadensersatz, 2 Bände 1805. 1806. F. Hänel, L. v. Sch. nach heut. R. R. 1823 (J. A. v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatze 1841. F. Mommsen, Beitr. zum Obl. Recht, 2. Abth. zur Lehre von dem Interesse. 1855. R.)

b) Quanti ea res est. Dieser Ausdruck bedeutet übrigens nicht ausschließlich eine der beiden folgenden Aestimationsarten (2, a. b.), wie man geglaubt (auch noch Savigny, System V Beil. XII) und deßhalb einen Widerspruch zwischen den sogleich zu allegirenden Stellen angenommen hat,

mation zu berücksichtigen sind. In dieser Beziehung kann die Aestimation a) sich bloß auf den Verkaufswerth des Objects, verum rei pretium, richten; diese Behandlung tritt ein, wenn der Werth entweder gar nicht als Gegenstand einer Forderung[c]), oder zwar

---

sondern er ist ein beiden Arten gemeinschaftlicher, dessen Sinn eben darum die römischen Juristen für die verschiedenen Fälle erst bestimmen: 1) L. 193 D. de V. S. (50, 16): Haec verba quanti eam rem paret esse, non ad id quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (47, 8): Haec autem actio in factum est, et datur in duplum quanti ea res erit, quod ad pretium verum rei refertur, et praesentis temporis fit aestimatio, et semper in duplum intra annum est. L. un. §. 4 D. si quis ius dic. (2, 3): Hoc iudicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur. (In letzterer Stelle ist aber quanti res est nicht der Sachwerth, sondern das Streitobject der Hauptklage: L. 5 §. 1 D. ne quis eum (2, 7), L. 15 D. de iud. (5, 1). R.) — 2) L. 4 §. 7 D. de damno inf. (39, 2): — quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. L. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17): — quanti res est sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere —. L. 68 D. de R. V. (6, 1): — quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est —. L. 21 §. 2 D. ad L. Aquil. (Note e) u. a. — In L. 179 D. de V. S. (50, 16) heißt vera rei aestimatio der erwiesene Werth im Gegensatz zu einem willkürlicheren Anschlag, was sich gleichmäßig auf beide Bedeutungen des quanti ea res est bezieht.

c) Anschlag des Werths zur Berechnung der falcidischen Quart, L. 62 §. 1 L. 63 D. ad L. Falc. (35, 2). Unter diesen Gesichtspunkt kann auch der Werth der gestohlenen 2c. Sache gebracht werden, dessen Duplum oder Quadruplum die Strafe ausmacht, Ulpian. L. 2 §. 13 L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (Note b) und L. 50 pr. D. de furtis (47, 2): In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est. L. 52 §. 29 eod. In diesen gemeinen Verkaufswerth fällt natürlich auch der Werth der Erbschaft, zu welcher der gestohlene Sclave eingesetzt war, Ulp. L. 52 §. 28 eod. Nur wo nicht wegen des Eigenthums, sondern wegen eines andern Interesses die actio furti zusteht, giebt dieses Interesse den Maßstab auch der Strafe, Papin. L. 80 §. 1 eod. Von jenem Grundsatz weicht ab Celsus, L. 67 §. 1 eod.: Si tibi subreptum est quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti ideo-

als solcher, aber ohne Voraussetzung eines erlittenen Schadens vorkommt[d]). Wenn dagegen b) der Werth in Folge eines Nachtheils, dessen Ersatz aus irgend einem Grund gefordert werden kann, zu leisten ist, so geht die Aestimation auf den Werth des Gegenstandes für den Gläubiger, also mit Berücksichtigung der individuellen Umstände, die diesen Werth bestimmen: aestimatio eius quod interest; dieses Interesse kann der Höhe nach zufällig mit dem pretium rei gleich seyn: aber es kann auch dasselbe weit übersteigen, und hinter demselben zurückbleiben.

§. 225.

Interesse als Gegenstand einer Forderung (vgl. §. 220) ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach einem beschädigenden Ereigniß bestehenden Vermögen und dem Betrag desselben, wie er ohne jenes Ereigniß seyn würde, und es schließt die Minderung des Vermögens sowohl um einen gegenwärtigen Bestandtheil (damnum, positiver Schaden, s. g. damnum emergens) als um einen künftigen ein (lucrum, lucrum cessans, negativer Schaden, entgangener Gewinn)[e]).

---

que sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur, und auch Papinian, L. 80 §. 1 cit. neigte sich zu dieser entgegengesetzten Ansicht, wenn der Zusatz si nihil amplius intersit so zu verstehen ist und von ihm herrührt. Dagegen L. 32 eod. (Paul.) von dem Werth eines gestohlenen Schuldscheins verträgt sich auch mit Ulpian's Meinung. (Gegen diese Annahme einer Controverse unter den römischen Juristen erklärt sich mit Recht Savigny, System V S. 451. R.) — Vgl. wegen anderer Strafen, die sich nach dem Werth bestimmen, L. un. §. 4 D. si quis ius dic. (Note b), L. 1 §. 20 D. de tut. act. (27, 3). (Die letzte Stelle geht gar nicht auf eine Strafe, sondern auf einen festen Werthanschlag zur Vermeidung des Interessebeweises. R.)

d) L. 33. 71 §. 3 D. de leg. I. (30). Zeit, nach welcher der Werth eines Gegenstandes bestimmt wird, L. 59 D. de V. O. (45, 1). (L. 8 §. 1 D. de cond. furt. [13, 1], L. 3. 4 D. de cond. trit. [13, 3], L. 22 D. de R. C. [12, 1], L. 13 §. 2 D. commod. [13, 6], L. 37 D. mand. [17, 1]. Savigny, System VI S. 198 f. Büff, über den Zeitpunct der Schätzung beim Werthansatz, Archiv für civ. Pr. XXXIII Num. 5. 10. R.)

e) L. 13 pr. D. ratam rem (46, 8): Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. L. 11 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1): — sed et si quid aliud sua interesse dicet, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur.

Die Aestimation des Interesse geschieht nach folgenden Grundsätzen: 1) Nur Vermögensinteresse kann Gegenstand einer Forderung seyn[f]. 2) Nur der Nachtheil kommt in Anschlag, welcher durch das beschädigende Ereigniß selbst (unmittelbar oder mittelbar) wirklich hervorgebracht worden ist[g]. 3) Der durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelte Verlust wird der Regel nach nur bey dem positiven Schaden berücksichtigt[h], wo sich denn auch der Causalzusammenhang sicher ermitteln läßt, nicht hinsichtlich des entgangenen Gewinns, bey welchem nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam) in Anschlag kommt[i]. 4) Bey der Bestimmung des Ortsinteresse (§. 246) ist ausnahmsweise auf jeden erweislich

---

L. 21 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest, fiat aestimatio. L. 22 pr. eod.: Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. L. 33 pr. eod.: Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit, nec illum qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

f) L. 33 pr. cit. (Note e a. E.), vgl. §. 220 Note l.

g) L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1): Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit, neque enim, si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit, nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

h) S. z. B. L. 22 pr. D. ad L. Aquil. (Note e).

i) L. 33 pr. eod. (Note e), L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (Note g), L. 19 D. de peric. (18, 6): Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

entgehenden Gewinn, auch den auf individuellen Umständen beruhenden zu sehen, da gerade in Beziehung auf diesen der Unterschied des Orts der Zahlung, was das lucrum betrifft, sich vornehmlich zeigen wird[k]). 5) Um übermäßige Anschläge zu verhüten, hat Justinian verordnet, daß bey Obligationen, die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Aestimation desselben nie das Doppelte von dem mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werth des Gegenstandes (verum rei pretium) übersteigen soll[l]).

§. 226.

Diese Regeln finden ihre Anwendung, wenn der Richter die Größe des Interesses auf den Beweis des Klägers zu bestimmen hat. Sie fallen weg, wo dem Kläger (zur Strafe des Dolus oder

k) L. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco (13, 4): Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit, veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? et an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

l) L. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur (7, 47): Cum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus qui incerti esse videntur, iudices qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et sit omnibus secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. Vgl. Sell, Jahrbücher I. 5 (1841).

Ungehorsams des Beklagten) das Recht gegeben ist, sein Interesse durch eidliche Betheuerung (iusiurandum in litem, Würderungseid) zu bestimmen[m]), indem hier an die Stelle der Rechtsregeln das Gewissen des Schwörenden tritt[n]), welches eine äußere Gränze nur in dem von dem Richter zu setzenden Maximum (taxatio) hat[o]). Die Voraussetzungen dieses Eides sind 1) Dolus (culpa lata) oder Contumacia des Beklagten[p]), 2) eine Klage auf Restitution oder Exhibition[q]); bey andern ist er nur zuläßig, wenn der Werth sonst schlechterdings nicht ermittelt werden kann, damit der Dolus des Beklagten nicht ungeahndet bleibe[r]), 3) Ungewißheit des Scha-

m) Dig. XII. 3 (Cod. V. 53): de in litem iurando. Vgl. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VII. 11 (1845). Savigny, System V §. 221. 222. 224 (1841).

n) Schon daraus ergiebt sich, daß die sonst gemachte Unterscheidung von iusiurandum in litem affectionis und veritatis falsch ist, — was man (unpassend) affectionis genannt hat, ist das einzige iusiurandum in litem.

o) L. 4 §. 1. 2. 3 L. 5 §. 1 D. h. t. (12, 3), L. 18 pr. D. de dolo m. (4, 3), L. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4), L. 22 §. 14 C. de iure delib. (6, 30). Vgl. G. Hasse, Rhein. Museum VI S. 181 ff.

p) L. 2 §. 1 D. h. t. (12, 3): Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 4 §. 4 L. 5 §. 3 eod., L. 2 C. eod. (5, 53), L. 18 §. 1 D. de dolo m. (4, 3).

q) L. 18 pr. eod., L. 68 D. de R. V. (6, 1), L. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4), L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), L. 48 §. 1 D. loc. (19, 2), L. 25 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), L. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7), L. 15 §. 7. 9 D. quod vi (43, 24).

r) L. 5 D. h. t. (12, 3): In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur. Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur, licuit enim et a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim iudex aestimat. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem quae non exstat. L. 6. 9 eod., L. 5 pr. D. depos. (16, 3): Ei apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur. non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit. L. 4 C. de A. E. V. (4, 49).

dens[s]). Der Würderungseid geht nicht auf den Grund der Klage, der vielmehr auf die gewöhnliche Art bewiesen werden muß, sondern auf die Größe des Schadens, wovon aber die Existenz eines Schadens überhaupt (unterschieden von der zum Grund der Klage gehörigen Verschuldung) nicht zu trennen ist[t]).

β. Zinsen[a]).

§. 227.

Zinsen sind das Aequivalent für die Benutzung einer Quantität fungibler Sachen, welches der diese Summe Schuldende dem Gläubiger aus irgend einem Grund zu leisten hat[b]). Die Zinsverbindlichkeit setzt immer eine Hauptschuld (sors, caput, Capital, Hauptstock) voraus, mit der sie daher auch untergeht[c]); sie ist also

s) L. 3 D. h. t. (12, 3): Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio; nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse. quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est?

t) Diese Bestimmung der Existenz eines Schadens durch den Eid hat man irrthümlich für eine Besonderheit gewisser Fälle (s. g. iuramentum Zenonianum) gehalten, nach L. 9 C. unde vi (8, 4): Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum quas perdidit, manifestet. nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare; et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportere (Zeno). Vgl. L. 10 D. h. t. (12, 3).

a) Dig. XXII. 1: de usuris etc. Cod. IV. 32: de usuris.

b) Vgl. L. 3 §. 4 L. 17 §. 8 D. L. 23 C. h. t., L. 8 C. si certum pet. (4, 2). Regelmäßige Gleichartigkeit der Zinsen mit dem Capital, L. 16. 17. 23 C. h. t., L. 14 C. eod.

c) Ueber den Einfluß der Verjährung der Klage aus der Hauptschuld, L. 26 pr. C. h. t. (4, 32): Eos qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad XXX vel XL praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.

immer materiell eine accessorische, sey es daß sie auch formell einen Bestandtheil der Hauptschuld bildet, in welchem Fall nur die Hauptklage, nicht eine besondere auf die Zinsen zusteht, oder daß formell eine besondere Obligatio auf die Zinsen constituirt ist. Beide Verhältnisse können eintreten, wenn die Zinsverbindlichkeit auf einem Rechtsgeschäft beruht (usurae ex obligatione)[d], nur das erste dagegen, wenn sie unwillkürlich sich mit einer Hauptobligatio verbindet (usurae officio iudicis praestandae, s. g. usurae legales)[e]. Solche gesetzliche Zinsen sind 1) die Verzugszinsen (§. 268)[f], welche indessen wegfallen bey Verbindlichkeiten des Fiscus, der überhaupt keine Zinsen officio iudicis zu prästiren hat, ausgenommen aus der Person dessen, in dessen Schuld er eingetreten ist[g]; ferner bey Schenkungsversprechen[h], endlich bey Geldstrafen, indem von Strafen überhaupt keine Zinsen gefordert werden können[i].

---

d) L. 17 §. 4 L. 41 §. 2 D. h. t. (22, 1), L. 24 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 1. 3. 4 C. h. t. (4, 32), L. 10 D. de pollic. (50, 12), L. 3 §. 6 D. de annuis leg. (33, 1), vgl. L. 1 C. de iudic. (3, 1): Iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta, superest igitur, ut debitorem eius temporis quod non est in iudicium deductum, convenire possis. Vermuthung für eine Zinsverbindlichkeit aus lange Zeit hindurch erfolgter Zinszahlung (was man irrthümlich als Entstehung der Zinsverbindlichkeit durch Verjährung qualificirt hat), L. 6 D. h. t. (22, 1). (Vgl. auch H. Keller, in Sell's Jahrb. III S. 171—224. R.) Fälle, wo schon nach R. R. das Zinsversprechen durch ein bloßes pactum die Wirkung einer selbstständigen mit einer besonderen Klage geltend zu machenden Zinsobligation haben soll (also abgesehen von der Wirksamkeit eines pactum adiectum): L. 30 D. L. 12 C. h. t., L. 5 §. 1 L. 7 D. de naut. foen. (22, 2), Nov. 136 c. 1 (nicht glossirt).

e) L. 49 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1): Pretii sorte licet post moram soluta usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. L. 4 C. depos. (4, 34): — Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. L. 13 C. h. t. (4, 32). Vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 371 Note 4.

f) L. 32 §. 2 L. 34 D. h. t. (22, 1). (Verhältniß zu den Prozeßzinsen: Savigny, System VI §. 268—271. Vgl. oben §. 96 Note i. R.)

g) L. 17 §. 5 eod.

h) L. 16 pr. eod., L. 1 pr. D. de pollic. (50, 12), L. 22 D. de donat. (39, 5).

i) L. 9 D. de mag. conven. (27, 8), L. 1 C. de fiscalibus usuris (10, 8).

Zu den Verzugszinsen müssen auch die gerechnet werden, welche der Fiscus[k]) und Minderjährige[l]) von jeder zinsfähigen Hauptschuld fordern können, so daß also die Zinsverbindlichkeit eine Verzögerung der Leistung voraussetzt, die nur dadurch von der eigentlichen Mora sich unterscheidet, daß keine Mahnung gefordert wird. 2) Die Zinsen des Kaufpreises, die von der Zeit an, wo der Käufer in den Besitz der Sache gesetzt worden ist, prästirt werden müssen[m]). 3) Die Zinsen von fremden Geldern, die man unbefugt in eigenen Nutzen verwendet hat[n]). 4) Die Zinsen, welche der in Anlegung und Nutzbarmachung der Gelder nachläßige Verwalter fremder Güter davon zu prästiren[o]), und die der Dominus umgekehrt ihm zu entrichten hat, wenn er sein eignes Geld auf die geführte Verwaltung verwendet hat[p]). 5) Ueberhaupt können Zinsen zu dem Interesse gehören, welches jemand aus irgend einem Grund zu leisten verpflichtet ist (§. 225 Note i), und auch diese setzen kein Rechtsgeschäft, das sie constituirt, voraus.

§. 228.

Die Höhe der zu leistenden Zinsen[q]) beruht bey den usurae

---

k) L. 17 §. 5 L. 43 D. h. t. (22, 1).

l) L. 3 C. in quib. caus. in int. (2, 41), L. 87 §. 1 D. de leg. II. (31) vgl. L. 17 §. 3 D. h. t. (22, 1). Mit der Großjährigkeit hören die Zinsen, die sich bloß auf dieses Minderjährigkeitsprivilegium gründen, auf.

m) L. 13 §. 20. 21 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 C. eod. (4, 49).

n) L. 1 §. 1 D. h. t. (22, 1), L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 10—12 D. de adm. tut. (26, 7).

o) L. 7 §. 3 L. 15. 58 §. 1 eod., L. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 17 §. 7 D. h. t. (22, 1), L. 24 C. eod. (4, 32).

p) L. 37 eod., L. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 12 §. 9 D. mand. (17, 1), L. 67 §. 2 D. pro socio (17, 2), L. 3 §. 1. 4 D. de contr. tut. act. (27, 4). S. auch §. 152 Note f.

q) Ausgedrückt wird die Höhe heutzutage gewöhnlich durch Angabe der jährlichen Procente, im römischen Recht durch Angabe der monatlichen Procente, daher centesimae usurae (eins vom Hundert monatlich) gleich 12 Procent (jährlich), semisses usurae (ein Halb vom Hundert monatlich) gleich 6 Procent, trientes usurae gleich 4 Procent, besses usurae gleich 8 Procent u. s. f. Unter den christlichen Kaisern wurde die Berechnung nach Vierundzwanzigtheilen (siliquae) eines solidus üblich, und hier verstand man unter centesimae usurae drey siliquae jährlich von jedem solidus des Capitals, also $12\frac{1}{2}$ Procent, unter semisses daher $6\frac{1}{4}$ Procent u. s. f. Nov. 32 c. 1 Nov. 34 c. 1, vgl. interpr. ad L. 2 C. Th. de usur. (2, 33).

ex obligatione auf dem Willen der Constituenten (innerhalb der gesetzlichen Gränze[r]). Bey den gesetzlichen Zinsen[s]) ist sie zum Theil gesetzlich bestimmt, so auf 12 Procent für die usurae rei judicatae nach Ablauf der viermonatlichen Frist, die dem zur Zahlung einer Summe rechtskräftig verurtheilten Schuldner gestattet ist[t]), und für die Zinsen, welche ein Socius von den für den Antheil des andern ausgelegten Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes fordern kann[u]); auf 4 Procent die Zinsen wegen Verzögerung eines zum Besten einer Gemeinde zu errichtenden Opus[v]), die Zinsen aus einem Dotalversprechen[w]), die Zinsen von der zu restituirenden Dos[x]), die Zinsen, welche bey dem Vermächtniß unter Bedingung des Wittwenstandes vorkommen[y]); auf 3 Procent die Zinsen von einem Vermächtniß, welches der Vermächtnißnehmer von einem angeblichen, nachher im Erbschaftsstreit unterliegenden Erben gezahlt erhalten und an ihn zu restituiren hat[z]); auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum endlich

r) In der Annahme minderer Zinsen durch den Gläubiger liegt eine stillschweigende Uebereinkunft der Herabsetzung des Zinsmaßes, L. 5. 8 C. h. t. (4, 32).

s) Das Maß der gesetzlichen Zinsen wird gesetzlicher Zinsfuß genannt (auch der Ausdruck „landesübliche Zinsen" wird oft in demselben Sinn gebraucht); in einem andern Sinn heißt gesetzlicher Zinsfuß das gesetzliche Maximum für alle, auch die vertragsmäßigen Zinsen.

t) L. 2 C. de usuris rei iudic. (7, 54). Justinian hat diesen Ansatz (der vorher sogar 24 Procent betrug) noch weiter dadurch gemildert, daß er gebot, diese Zinsen nur von dem ursprünglichen Capital, nicht auch von den abgelaufenen Zinsen desselben (obgleich diese durch das Urtheil die Eigenschaft von Zinsen verloren haben, und mit dem alten Capital zusammen das neue Capital ausmachen, welches durch das Urtheil begründet ist) zu berechnen, L. 3 C. eod. Heutzutage sind diese Zinsen auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum herabgesetzt, dagegen muß aber auch jene singuläre Beschränkung auf das ursprüngliche Capital, die nur für die erhöhten Zinsen einen Sinn hatte, cessiren, und müssen daher diese Zinsen von der ganzen Summe, in die der Schuldner condemnirt ist, berechnet werden.

u) L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10). Das heutige Recht reducirt auch diese auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum.

v) L. 17 §. 8 D. h. t. (22, 1).

w) L. 31 §. 2 C. de iure dot. (5, 12).

x) L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

y) Nov. 22 c. 4 §. 7 c. 44 §. 4. Vgl. auch Nov. 2 c. 4.

z) L. 12 pr. C. de H. P. (3, 31).

(nach justinianischem Recht also 6, nach heutigem 5 Procent) die Zinsen, welche negotiorum gestores, Vormünder und Beamte von den in ihren eigenen Nutzen verwendeten Geldern der domini negotiorum, Mündel und juristischen Personen zu entrichten haben[aa]). In allen andern Fällen richtet sich die Höhe der von dem Richter zuzuerkennenden Zinsen nach dem Maß, das der Gläubiger bey Ausleihung des Geldes nach Ortsgewohnheit und Gelegenheit hätte erlangen können[bb]).

---

aa) L. 38 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 §. 4. 10 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. de usuris pupillaribus (5, 56). In diesen Quellen wird gesagt, sie seyen zu maximae oder legitimae usurae verpflichtet, und dieß bedeutete zu jener Zeit 12 Procent, welches damals das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum war. Als Theile der juristischen Legislation sind sie nach dem neuesten Zinsfuß zu verstehen, nach welchem 6 Procent die maximae und legitimae usurae sind, und der, wie L. 26 C. h. t. nachdrücklich erinnert, auch bey den officio iudicis zu prästirenden Zinsen als regelmäßige Gränze betrachtet werden soll. Wenn man den Einwand macht, daß auch nach justinianischem Recht die centesimae usurae (ausnahmsweise) vorkommen, und in der That die maximae seyen, die dieses Recht kennt (s. Göschen, Grundriß zu Pand. Vorl. S. 212), so nimmt man den Ausdruck offenbar in einem andern Sinn, als er in den angeführten Stellen haben sollte (denn „die höchsten Zinsen, die überall — nicht bloß regelmäßig — möglich sind", wären nach dem damaligen Recht nicht die centesimae, sondern duae centesimae — Note t — ja sogar infinitae — beim foenus nauticum —). Maximae werden in den angeführten Stellen denen entgegengesetzt, die der Gläubiger nach den factischen Umständen bey eignem Ausleihen hätte erhalten können, er soll Anspruch haben auf die höchsten, die er dem Recht nach erhalten konnte, ohne Rücksicht darauf, daß der factische Zinsfuß vielleicht niedriger stand.

bb) L. 1 pr. D. h. t. (22, 1), L. 38 D. de neg. gest. (3, 5), L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 10 D. de adm. tut. (26, 7), L. 39 §. 1 D. de leg. I. (30). Die 5 Procent Verzugszinsen beim Darlehen, die der R. D. A. 1600 §. 139 festsetzt, hat man als gesetzliche Fixirung verstanden, und daher in der Praxis dem Gläubiger das Recht zuerkannt, im Fall des Verzugs stets dieses Maß zu fordern. In der That aber ist dieß gegen den Inhalt des Gesetzes, welches von der Voraussetzung ausgeht, daß der factische Zinsfuß wirklich so hoch sey („der Vermuthung halben, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wohl haben möge"). (Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung der Fixirung des Maximum und Minimum. Letztere ist in dem Gesetz allerdings enthalten. Gerstlacher, Handb. X §. 87 S. 2133—36. R.)

§. 229.

Die Höhe der Zinsen ist gesetzlich auf mehrfache Weise beschränkt. Die vornehmste und principalste dieser Beschränkungen besteht in der Festsetzung eines Zinsmaximums, welches weder bey Zinsen ex obligatione noch bey gesetzlichen überschritten werden soll. Dieser regelmäßige gesetzliche Zinsfuß war nach älterem römischen Recht 12 Procent jährlich, nach justinianischem ist er auf die Hälfte herabgesetzt. Diese Regel hat in Beziehung auf vertragsmäßige Zinsen Ausnahmen bey contractus traiecticii (§. 304), und Darlehen anderer Gegenstände als Geldes, wobey 12 Procent, ferner für Kaufleute und Fabricanten, denen 8 Procent, für Personen mit dem Rang von illustres und höherem, denen nur 4 Procent, und bey Gelddarlehen an Landleute, wobey ebenfalls nur 4 Procent gestattet sind [cc]). In Deutschland war die Anwendung dieser Bestimmungen von Anfang durch die Autorität des canonischen Rechts, welches die Zinsnahme überhaupt verbietet, gehindert; als dieses Verbot allmälig der Macht der Umstände weichen mußte, ist durch die Reichsgesetze der Zinsfuß von fünf Procent als das gesetzliche Maximum gesetzt worden, zuerst für das die verzinslichen Darlehen vertretende Geschäft [dd]), sodann für das verzinsliche Darlehen der Juden [ee]), ferner für die Verzugszinsen beim Darlehen [ff]), endlich bey Gelegenheit der durch die Nachwehen des dreißigjährigen Kriegs veranlaßten gesetzlichen Maßnahmen für die Zinscontracte überhaupt [gg]).

Außer dieser Beschränkung ist noch festgesetzt, daß die Zinsen nicht durch Abzug von der dargeliehenen Summe vorausgenommen werden sollen, nur das wirklich gegebene ist als Capital zu betrachten [hh]); daß Zinsen nicht von Zinsen genommen werden dürfen, weder so daß die rückständigen Zinsen zum Capital geschlagen (anatocismus coniunctus), noch so daß sie als abgesondertes Ca-

cc) L. 26 §. 1 C. h. t. (4, 32) Nov. 34.

dd) R. A. 1500 Tit. 32. R. P. O. 1577 Tit. 17 §. 9.

ee) R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 6.

ff) R. D. A. 1600 §. 139.

gg) J. R. A. 1654 §. 174. Vgl. Glück, Commentar XXI S. 95 ff., Göschen, Vorlesungen II §. 406.

hh) L. 26 §. 1 C. h. t. (4, 32). Sonst ist eine Vorausbezahlung der Zinsen nicht unstatthaft, L. 57 pr. D. de pact. (2, 14), L. 2 §. 6 D. de doli exc. (44, 4).

pital verzinst werden (anatocismus separatus)[ii]); endlich daß der Zinsenlauf, wenn die rückständigen Zinsen der Höhe des Capitals gleich gekommen sind, ruhen soll, bis sie oder ein Theil derselben wieder abgetragen sind[kk]).

Alles, was diesen Zinsbeschränkungen, direct oder indirect[ll]), zuwiderläuft, ist in so weit als Zinswucher ungültig und begründet keine Forderung, die Zahlung verbotener Zinsen ist als Capitalzahlung zu behandeln, durch Abrechnung an der Hauptschuld, wenn diese noch nicht getilgt ist, und wenn dieß schon geschehen ist, durch Zurückforderung[mm]).

γ. Strafen.

§. 230.

Strafe, poena, ist jeder Nachtheil, den eine Rechtsverletzung für den Verletzer außer der einfachen Wiederherstellung des verletzten Rechts zur Folge hat[a]). Die Intention bey der Festsetzung der Strafe ist nicht nothwendig die, dem Kläger einen Gewinn zu verschaffen, obwohl dieser Erfolg auf der andern Seite auch nicht ausgeschlossen ist[b]). Strafe steht also im Gegensatz nicht bloß des

ii) L. 26 §. 1 D. de cond. ind. (12, 6), L. 27 D. de re iud. (42, 1), L. 28 C. h. t. (4, 32). Kein Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder geliehen werden, oder durch eine Novation (vorausgesetzt daß sie nicht in fraudem legis geschehen ist) die Zinsen diese ihre Eigenschaft als Zinsen verloren haben, vgl. L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 12 D. de adm. tut. (26, 7). S. oben Note t.

kk) L. 26 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 10. 27 §. 1 C. h. t. (4, 32). Justinian hat sogar vorgeschrieben, daß der Schuldner von der Zinsverbindlichkeit von dem Moment an befreit seyn soll, wo die von ihm bezahlten Zinsen dem Capital gleich kommen (s. g. beneficium alterius tanti), L. 29. 30 C. eod., Nov. 121. 138. 160, aber diese Gesetze sind als unglossirte nicht recipirt. — Vgl. W. Sell, über das Verbot der Zinsen supra duplum oder ultra alterum tantum, in s. Jahrbüchern I. 2 (1841).

ll) L. 13 §. 26 D. de A. E. V. (19, 1), L. 44 D. h. t. (22, 1).

mm) L. 9 pr. eod., L. 18. 26 §. 1 C. eod. (4, 32), L. 26 pr. §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), vgl. §. 309 Note c.

a) Dahin gehört auch das iusiurandum in litem, wozu der Kläger gelassen wird (§. 226), ferner das Wegfallen einer Einrede, die dem Beklagten sonst zugestanden hätte, oder der Verlust des commodum possessoris s. z. B. L. 15 in f. D. de O. N. N. (39, 1).

b) So bey den vermischten Strafklagen (§. 84), bey den allermeisten derselben ist im Grunde dem Kläger nur ein leichterer Weg, zum vollen

wirklichen Schadensersatzes (so bey den actiones mere poenales §. 84), sondern auch des einen Beweis des Betrags voraussetzenden Schadensersatzes.

Die von dem Schadensersatz abgesonderte Strafe kommt als gesetzliche (also abgesehen von der Conventionalstrafe §. 231) nur als Gegenstand von Delictsforderungen vor, die mit ihm vermischte theils bey Delicts- theils bey Contractsforderungen.

§. 231.

Eine Strafe kann durch Verabredung festgesetzt werden. Diese Conventionalstrafe ist ein Nachtheil, dem sich jemand durch Vertrag unter der Bedingung unterwirft, daß eine andere Leistung, die dadurch bestärkt und gesichert werden soll, nicht oder nicht gehörig erfolgen würde[c]). Die Bestärkung und Sicherung einer andern Leistung liegt materiell in der Conventionalstrafe, formell aber ist sie als ein selbstständiges Versprechen unter einer Bedingung zu beurtheilen, dessen Wirksamkeit nicht von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit[d]), sondern nur von der Statthaftigkeit der Bedingung abhängt[e]). Die Conventionalstrafe ist verfallen, sowie die Bedingung eintritt[f]), ohne daß eine Mora erforderlich wäre[g]). Ist die Conventionalstrafe auf die Richter-

---

Ersatz seines Schadens zu kommen, eröffnet, auf die Gefahr hin allerdings, den Betrag des Schadens (selbst mit Anschlag der mittelbaren Folgen der Verletzung) zu überschreiten. Strafe für den Beklagten also ist hier nicht immer das, was er leisten muß, wohl aber daß er es schlechterdings leisten muß, selbst wenn erweislich der Schaden in dem concreten Fall sich nicht so hoch beliefe.

c) §. 7 I. de V. O. (3, 15), L. 11 §. 2 D. de recept. (4, 8). (Den neuſten Versuch einer besondern Bearbeitung enthält die Dissertation von Bernhard, von der Conventionalstrafe. 1843. R.)

d) S. z. B. L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 61. 69. 123. 134 pr. eod.

f) Möglicherweise kann bey einem theilweisen Eintritt ein theilweiser Verfall erfolgen, L. 4 §. 1. 2 eod., vgl. aber L. 2 §. 5 L. 85 §. 3 eod., L. 85 §. 6 eod.: Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur poena committitur centum, nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

g) L. 12 C. de contr. stip. (8, 38): Magnam legum veterum obscuritatem quae protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut si quis certo tempore facturum se aliquid

füllung oder nicht rechtzeitige ꝛc. Erfüllung einer Verbindlichkeit gesetzt, so kann sie als eine reine Strafe gemeint seyn, so daß neben ihr noch das Interesse (der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen ꝛc. Erfüllung) gefordert werden kann[h]), anders wenn sie, was im Zweifel angenommen werden muß, nur ein gewillkürter Anschlag dieses Interesse selbst ist[i]).

B. Subjecte der Obligatio.

1. Stellung derselben.

§. 232.

Es giebt Obligationen, zu deren Wesen es gehört, daß jede der Personen, unter denen sie bestehen, vermöge derselben zugleich Gläubiger und Schuldner wird, so daß die Obligatio nicht ohne diese gegenseitige Verpflichtung entstehen kann. Diese heißen gegenseitige Obligationen. Jene ihre Natur hat die Folge, daß 1) wenn sie unter Umständen contrahirt werden, welche bewirken, daß nur der eine Contrahent gebunden wird, der andere nicht (wie z. B. wenn ein Pupill ohne den Vormund den Contract geschlossen hat), diese einseitige Haftung (s. g. negotia claudicantia) doch nur die Existenzfrage der Obligatio betrifft, die der nicht gebundene Contrahent entscheidet, aber diese Entscheidung involvirt nothwendig auch die Entstehung seiner Verbindlichkeiten aus der Obligatio,

---

vel daturum stipuletur, vel quae stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit; sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. L. 115 §. 1. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 23 D. de O. et A. (44, 7). (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Neue Folge. IV. 13 Num. 6 S. 419 ff. R.) L. 23 D. de recept. (4, 8). Eine purgatio morae, die daher für die Conventionalstrafe unwirksam ist, wird ausnahmsweise zu Gunsten der Freiheit zugelassen in L. 122 §. 2 D. de V. O.

h) L. 115 §. 2 eod.

i) L. 23 pr. D. de recept. (4, 8), L. 28. 47 D. de A. E. V. (19, 1). — So auch wenn die Nichthaltung eines Vertrags die Bedingung der Strafe ist, kommt es darauf an, ob dieses reine Strafe ist, L. 16 D. de transact. (2, 15) oder nicht, L. 15 eod., L. 10 §. 1 D. de pactis (2, 14), L. 12 §. 2 D. de pact. dot. (23, 4). Die Mißverständnisse, welche durch diese Stellen veranlaßt worden sind, s. bey Glück, Comment. IV S. 533 ff.

ohne die er auch die damit wesentlich verknüpften Forderungen daraus nicht in Anspruch nehmen kann[a]); 2) wer aus einer gegenseitigen Obligatio als Gläubiger auftritt, bekennt eben damit auch Schuldner geworden zu seyn. Sofern nun nicht eine bestimmte Ordnung für die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten vorgeschrieben ist[b]), fordert jeder etwas unbilliges, der seine Forderung geltend macht, ehe er seiner Verbindlichkeit genügt hat, der Beklagte hat daher gegen die Klage die exceptio doli (s. g. exceptio non adimpleti contractus)[c]), bey welcher er den Grund derselben, seine Gegenforderung, also daß (wenn es bestritten wird) die Klage aus dieser gegenseitigen Obligatio herrührt[d]), zu beweisen hat, der Kläger dagegen (wie jeder Schuldner, welcher den Einwand der Zahlung macht) die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, wenn er sie behauptet[e]).

---

a) pr. I. de auct. tut. (1, 21), L. 13 §. 29 D. de A. E. V. (19, 1), L. 34 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7 §. 1 D. de resc. vend. (18, 5). — Im Zusammenhang mit der Lehre von der naturalis obligatio des Pupillen (§. 237) haben mehrere Juristen eine andere Theorie über diesen Punkt aufgestellt, s. z. B. Vangerow, Leitfaden I §. 279 a. E.

b) L. 24 §. 2 D. de loc. (19, 2).

c) L. 25 D. de A. E. V. (19, 1): Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: Si ea pecunia qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est. Ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur. L. 13 §. 8 eod. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 170 Note t.

d) Außerdem natürlich auch die Höhe dieser Gegenforderung, wenn dieser Punkt von dem Kläger beanstandet wird.

e) Der Beweis hält sich also ganz in den allgemeinen Regeln, und es ist verkehrt, um zu dem Beweis der Erfüllung durch den Kläger zu gelangen, den irrigen Satz aufzustellen, die Erfüllung sey ein Theil seines Klagegrundes. Eben so unrichtig ist es, eine besondere exceptio non rite impleti contractus zu behaupten. — Dieser Punkt hat eine ziemlich weitläufige Literatur, die sich zum großen Theil um solche Mißverständnisse dreht. Vgl. Glück, Commentar XVII §. 1043. Heerwart, Archiv für civ. Pr. VII. 18 (1824) XIV. 9 (1831) XVIII. 15 (1835). Volkmann, de exc. non adimpl. contr. 1829. A. Lang, über die Einrede d. nichterfüllten Contr. 1829. Schenk, Archiv XVII. 4. 9 (1834) XX. 15 (1837). Treitschke, Archiv XXII. 11 (1839). Sintenis, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XVI. 7 XVII. 5 (1842).

Den gegenseitigen Obligationen stehen die übrigen als einseitige gegenüber, deren nächster und wesentlicher Inhalt nur eine Berechtigung der einen und eine dieser entsprechende Verpflichtung der andern Person ist, und die darum, daß auch hier vielleicht der wesentliche Schuldner aus dem obligatorischen Verhältniß berechtigt werden kann, keineswegs zu den gegenseitigen gerechnet werden dürfen[f]).

2. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern[a]).

a. Uebersicht der verschiedenen Fälle.

§. 233.

Man kann mehrere Schuldner oder Gläubiger haben 1) ohne daß ein Zusammenhang irgend einer Art zwischen diesen Obligationsverhältnissen besteht[b]); 2) so daß diese Obligationen in ihrer Entstehung einen Zusammenhang haben, wobey das Verhältniß ein doppeltes seyn kann: a) theilweise Forderung oder Verbindlichkeit, wie bey mehreren Erben des Gläubigers oder Schuldners, oder bey gemeinsamer Abschließung eines Contracts, ohne daß ein Grund für eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung eintritt; b) Berechtigung oder Verpflichtung jeder Person zu dem Ganzen, welches mehrmals, jeder oder von jeder für sich, geleistet werden muß[c]);

---

f) Die Eintheilung in einseitige und gegenseitige Obligationen ist nicht, wie gewöhnlich geschieht, auf die Möglichkeit, sondern auf die Nothwendigkeit einer gegenseitigen Verpflichtung zu stellen.

a) Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen 1831. (Savigny, Obl. R. I §. 16—27 S. 136—294 [1851]. Die letztere Darstellung hat das große Verdienst, die gemeinsame praktische Bedeutung der blos solidarischen und der Correalobligationen: Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung, deren überwiegende Wichtigkeit man [vgl. z. B. v. Schröter, in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß VI S. 431—433, 1833] über Ribbentrop's Unterscheidung der ächten und unächten Correalschuld zu übersehen anfing, wieder in den Vordergrund zu stellen. — Ueber Einzelnes z. B. L. 2. 12 pr. D. de duob. reis [45, 2], L. 7 §. 1 D. de auct. tut. [26, 8] s. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. IV. [1847] S. 402 ff., Rückert, zur Theorie der Correalobligationen, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XII Num. 1. R.)

b) Zwischen mehreren, sonst ganz gegen einander isolirten Gläubigern entsteht ein Zusammenhang durch den Concurs (§. 247), aber dieß ist kein solcher, der als Qualification der Obligationen selbst betrachtet werden könnte.

c) Berechtigung, L. un. §. 11 C. de cad. toll. (6, 51), L. 1 §. 9 L. 18

3) so daß in dem Gegenstand der Zusammenhang unter den Forderungen und Verbindlichkeiten liegt; es ist ein und derselbe Gegenstand, den jeder Gläubiger ganz zu fordern, jeder Schuldner ganz zu leisten hat, der aber nur einmal gefordert und geleistet wird; darin besteht der Charakter der solidarischen Obligationen.

Die Solidarität kann rein auf der Identität des Gegenstandes beruhen, zu dem mehrere berechtigt und verpflichtet sind, so daß mehrere, außerdem gegen einander selbstständige Obligationen existiren, die nur darin ein gemeinschaftliches Schicksal haben, daß wenn die eine durch Leistung des Geschuldeten getilgt ist, auch die andern es sind, weil durch die Leistung auch ihr Gegenstand weggenommen ist. Solche solidarische Obligationen sind die Verbindlichkeit derer, welche zusammen eines Delicts schuldig geworden sind, auf Schadensersatz[d]), die Verbindlichkeit von Mitvormündern bey ungetheilter Administration[e]) und ebenso von öffentlichen und Communalbeamten[f]), von mehreren Bestellern eines gemeinschaftlichen Geschäftsführers, gegenüber der exercitoria und institoria actio[g]), die Verbindlichkeit von mehreren Mandatarien für dieselben Geschäfte[h]), eben so von mehreren Mandanten, von denen jeder das ganze Geschäft aufgetragen hat, gegenüber der actio mandati contraria[i]), die Verbindlichkeit mehrerer Depositarien derselben Sache[k]), und die Forderungen mehrerer Deponenten, wenn sie nicht als Miteigenthümer deponirt haben[l]), die Verbindlichkeit mehrerer Commodatarien oder Conductoren derselben Sache[m]), überhaupt

§. 2 D. de iniur. (47, 10). Verpflichtung, L. 11 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 55 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

d) L. 14 §. 15 D. quod metus c. (4, 2), L. 55 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. de cond. furt. (4, 8). Eben so die Verbindlichkeit mehrerer Bewohner eines Hauses, aus dem geworfen oder gegossen worden ist, L. 1 §. 10 L. 2. 3 D. de his qui effud. (9, 3).

e) L. 38 D. de adm. tut. (26, 7), L. 2 C. de div. tut. (5, 52).

f) L. 1. 2 C. quo quisque ord. (11, 35).

g) L. 1 §. 25 L. 2. 3 D. de exerc. act. (14, 1), L. 13 §. 2 D. de instit. act. (14, 2).

h) L. 60 §. 2 D. mand. (17, 1).

i) L. 52 §. 3 D. de fideiuss. (46, 1).

k) L. 1 §. 43 D. depos. (16, 3).

l) L. 1 §. 44 L. 17 pr. eod.

m) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6), L. 47 D. loc. (19, 2), vgl. §. 234 Note b.

wenn jemand sich zu dem verpflichtet, was ein Anderer zu leisten hat, ohne daß er doch in dieselbe Obligatio eintritt (vgl. §. 234)[n]). Wo mehrere zu einem untheilbaren Gegenstand verpflichtet sind, sind sie es nothwendig solidarisch[o]). Auch die gesetzliche solidarische Haftung mehrerer argentarii socii gehört hieher[p]).

Die Solidarität der Berechtigungen und Verpflichtungen kann außer der Begründung in der Identität des Gegenstandes noch das Moment in sich schließen, daß sie den Inhalt einer und derselben Obligatio bilden, so daß die mehreren Gläubiger oder Schuldner zu demselben ganzen Gegenstand plures rei eiusdem obligationis sind[q]). Eine solche Obligatio nennt man Correalobligation (Activc. bey mehreren rei credendi, Passivc. bey mehreren rei debendi). Zu der Identität des Gegenstandes und ihren Folgen (die sie mit den übrigen solidarischen Obligationen gemein hat) tritt hier noch die Einheit der Obligatio, welche noch besondere, mithin der Correalobligation eigenthümliche Folgen hat.

b. Correalobligation[a]).

§. 234.

Zur Constituirung einer eigentlichen Correalobligation ist es nicht hinreichend, daß derselbe Gegenstand solidarisch mehreren oder von mehreren geschuldet werde, sondern es muß auch Eine Obligatio seyn, mit dieser Mehrheit von Subjecten auf einer oder auch auf beiden Seiten, und dieß setzt voraus, 1) daß die Solidarität nicht bloß als nothwendige Folge der Identität des Ge-

---

n) Vgl. L. 116 D. de V. O. (45, 1).

o) L. 2 §. 2 eod., L. 25 §. 10 D. fam. erc. (10, 2). Bey der Obligatio auf ein Thun hört diese nothwendige Solidarität auf, wenn die Aestimation gefordert wird, L. 72 pr. 85 §. 2 D. de V. O. (45, 1), (vgl. jedoch Savigny, Obl. Recht I S. 359—365, nach welchem dieses angebliche Aufhören der Solidarität blos auf einer veralteten Meinung des Tubero beruht, die in L. 72 pr. citirt, aber nicht gebilligt wird. R.), und eben so ist es bey der Berechtigung mehrerer zu einer untheilbaren Leistung, L. 2 §. 2 L. 54 §. 1 eod., L. 25 §. 9 D. fam. erc. (vgl. jedoch §. 222 b. R.).

p) L. 34 D. de recept. (4, 8), L. 27 pr. D. de pact. (§. 235 Note g), vgl. Rhetor. ad Herenn. II. 13. (Savigny, Obl. Recht I S. 148—153. 172—176. R.)

q) L. 116 D. de V. O. (45, 1), L. 3 §. 1 D. de duobus reis (45, 2).

a) Dig. XLV. 2: de duobus reis constituendis. Inst. III. 16. Cod. VIII. 40: de duob. reis stipulandi et promittendi.

genstandes, sondern (allein oder zugleich) in dem constituirenden Willen der Parteien ihren Grund habe[b]); als Ausdruck der solidarischen Verpflichtung oder Berechtigung gelten außer dieser technischen Bezeichnung auch die Formeln: sammt und sonders, Einer für Alle, Alle für Einen, ferner die alternative Bezeichnung ille aut ille[c]); 2) Berechtigung und Verpflichtung zu derselben Obligatio, die also nicht einen für die beiden Subjecte verschiedenen Inhalt haben darf[d]), während allerdings einer pure, der Andere in diem oder sub conditione berechtigt oder verpflichtet werden kann[e]), wie denn überhaupt die Berechtigung oder Verpflichtung des Einen ungültig seyn kann, ohne daß es darum, eben weil jeder so vollkommen Subject der Obligatio wird, wie wenn er es allein wäre, auch die des Andern seyn muß[f]).

§. 235.

Der leitende Grundsatz bey der Correalobligation ist: es besteht Eine Obligatio mit mehreren Gläubigern oder Schuldnern,

b) Dieß wird auch vorausgesetzt in L. 9 pr. D. h. t. (45, 2): Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit, Titius et (l. aut) Mevius Sempronio decem dato. L. 31 §. 10 D. de aed. ed. (21, 1). L. 13 §. 9 D. loc. (19, 2): Duo rei locationis in solidum esse possunt. Am entschiedensten freilich ist eine eigentliche Correalobligation vorhanden, wo die Solidarität rein auf dem Willen beruht, wie z. B. bey dem gemeinsamen Versprechen einer Summe, L. 11 pr. 1. 2 D. h. t., L. 5 C. si certum pet. (4, 2): Si non singuli accepta mutua quantitate vel stipulanti creditori sponte vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia, vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem — —. — Auch wenn mehrere zusammen in eine Summe condemnirt werden, entsteht eine solidarische Verpflichtung nur dadurch, daß das Urtheil wirklich darauf gestellt wird, Cod. VII. 55: si plures una sententia condemnati sunt. L. 43 D. de re iud. (42, 1), L. 39 §. 1 D. de iure fisci (49, 14).

c) L. 8 §. 1 D. de leg. I. (Note m), L. 16 D. de leg. II. (31).

d) L. 9 §. 1. 2 L. 15 D. h. t. (45, 2), L. 116 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 7 D. h. t. (45, 2). Nur muß die Bedingung nicht eine solche seyn, welche die Einheit der Obligatio ausschließt, L. 116 D. de V. O. (45, 1).

f) L. 8. 12 D. h. t. (45, 2). In dieser Beziehung macht nur die Correität des Bürgen und des Hauptschuldners eine Ausnahme, wegen der accessorischen Natur der Verbindlichkeit des ersten.

von denen jeder dieses vollkommen ist. Jeder Correal-Gläubiger oder Schuldner kann die Obligatio aufheben oder modificiren, wie wenn er der einzige wäre, er handelt bey dem, was er mit dem Bestand der Obligatio selbst vornimmt, in solidum. Nicht bloß Zahlung, sondern auch Acceptilation, Vergleich, Novation[g]), res iudicata[h]), heben die Obligatio, und mithin auch für die übrigen

g) L. 2. 16 D. h. t. (45, 2), L. 13 §. ult. L. 16 D. de accept. (46, 4), L. 28 pr. §. 1. 3 L. 42 §. 1 D. de iureiur. (12, 2), L. 31 §. 1 D. de novat. (46, 2): Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulanti est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutione existimemus. alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur. (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. N. F. II. 6. 5 S. 153—161 [1847]. Savigny, Obl. Recht I S. 166 k. R.) Bey den solidarischen Obligationen außer der Correalobligation hat die Novation diese Wirkung nicht, weil jeder nur seine Obligation novirt, L. 27 pr. D. de pactis (2, 14): Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio. Neratius, Atilicinus, Proculus nec si in rem pactus sit, alteri nocere, tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. Auch die nothwendige Novation durch Litiscontestation und Urtheil hatte im älteren Recht diese Wirkung (wovon noch eine Spur in L. 116 D. de V. O. und L. 8 §. 1 D. de leg. I. — Note m — wo sie durch Interpolation getilgt ist), nach justinianischem Recht soll erst die Befriedigung des Gläubigers in Folge der Klaganstellung die übrigen Correalschuldner befreien, also in dieser Beziehung die Correalobligation wie die übrigen solidarischen behandelt werden, L. 28 C. de fideiuss. (8, 41). Im Fall aber einer activen Solidarität wird allerdings der Schuldner durch Litiscontestation mit einem Gläubiger ausschließlich an diesen gewiesen, und darum von den übrigen frey, L. 57 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 31 §. 1 cit., L. 16 D. h. t. (Vgl. jedoch Savigny, Obl. R. I S. 183 Note f, der auch in letzterem Fall die Befreiung läugnet. R.)

h) L. 42 §. 3 D. de iureiur. (12, 2): Item si reus iuravit, fideiussor

auf, das Factum eines Correalschuldners perpetuirt sie auch für die andern[i]), und die Klage verjährt nur für alle und gegen alle, die Unterbrechung der Klagverjährung in Beziehung auf einen wirkt für und gegen die andern[k]). Eine Endigungsart von Obligationen dagegen, welche bloß den Charakter einer Befreiung des Schuldners von der Forderung hat, wirkt auch nur unter den Subjecten, zwischen denen sie eingetreten ist[l]).

Der Gläubiger kann, statt einen Schuldner in solidum zu belangen, die Obligatio theilen[m]). Aber eine solche Theilung unter die Solventen und der Klage Zugänglichen kann auch wider den Willen des Gläubigers herbeigeführt werden durch das auxilium divisionis, welches durch eine epistola D. Hadriani mehreren Fidejussoren gegeben[n]), allmälig aber auf alle solidarisch Verpflichteten ausgedehnt worden ist, mit Ausnahme der aus einem Delict

---

tutus sit, quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. Anders bey den gemeinen solidarischen Obligationen, L. 52 §. 3 D. de fideiuss. (46, 1).

i) L. 18 D. h. t. (45, 2): Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Nicht die mora des einen schadet dem andern, L. 32 §. 4 D. de usur. (22, 1), L. 173 §. 2 D. de R. I. (50, 17). — Ein besonderes Recht gilt für die Bürgschaft.

k) L. 5 C. h. t. (8, 40). Bey der Bürgschaft tritt eine Modification ein, die Verjährung der Klage gegen den Bürgen ist von der gegen den Hauptschuldner unabhängig §. 405.

l) Capitis deminutio, L. 19 D. h. t. (45, 2): Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur. multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona liberetur. cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus, et ideo si aqua et igni interdictum est alicui, fideiussor postea ab eo datus tenetur. Confusion, L. 71 pr. D. de fideiuss. (46, 1). Einrede der Compensation, L. 10 D. h. t. (vgl. jedoch Huschke a. a. O. S. 161. N.). Pactum de non petendo, L. 27 pr. D. de pactis (Note g), L. 3 §. 3 D. de lib. leg. (34, 3). — Besonderes Recht der Bürgschaft.

m) L. 3 §. 1 L. 11 pr. D. h. t. (45, 2). Streitfrage, ob er durch die Klage auf einen Theil sich der solidarischen Haftung des Beklagten begiebt? L. 51 §. 4 D. de fidei. (46, 1), L. 16 C. eod. (8, 41), L. 8 §. 1 D. de leg. I. (30): Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus decem Seio dato, cum utro velit, Seius aget, ut si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo si ab altero partem petierit? liberum cui erit, ab alterutro reliquum petere. Idem erit et si alter partem solvisset.

n) Gai. III. 121. L. 26 D. de fidei. (46, 1), §. 4 I. eod. (3, 20).

Verpflichteten, so wie der auf testamentarischer Anordnung beruhenden Correalobligation o).

Die Correalobligation ist an sich kein Grund einer Gemeinschaft unter den Correi; ein Anspruch gegen den das Ganze empfangenden Correalgläubiger, ein Regreß des das Ganze zahlenden Correalschuldners gegen die übrigen kann daher nicht schon durch die Existenz einer Correalschuld selbst, sondern nur durch besondere obligatorische Verhältnisse unter ihnen begründet werden, und dasselbe gilt von andern solidarisch Verpflichteten p). Doch kann der das Ganze Zahlende (nur mit Ausnahme der auf den Grund einer unerlaubten Handlung Verpflichteten) die Cession der Klage des Gläubigers verlangen, um mit ihr seinen Regreß pro rata gegen seine Mitschuldner zu nehmen q).

C. Schutz der Obligatio.

1. Verschiedenheit der Klagen.

§. 236.

Den gerichtlichen Schutz der Obligatio durch Klage giebt das römische Recht in den mannigfaltigsten Formen, die in der Lehre

o) L. 1 §. 11. 12. 14 D. de tut. act. (27, 3), L. 47 D. loc. (19, 2), Nov. 99. In dieser Novelle hat Justinian das Verfahren vorgeschrieben, welches, um den Gläubiger ungeachtet der Theilung doch sofort zu vollständiger Befriedigung zu verhelfen, beobachtet werden soll. Abweichende Meinungen: 1) die Novelle enthalte, statt eine Stufe der Entwickelung des hadrianischen Auxiliums zu seyn, ein ganz neues, 2) sie betreffe gar nicht die Correalobligatio, (3. sie betreffe die Correalschuld mit wechselseitiger Verbürgung: L. 11 pr. D. de duob. reis 45, 2. R.), v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VII S. 435 ff. (1834), Burchardi, Archiv für civ. Pr. XIX. 3 (1836), Heimbach, Zeitschr. für Civilr. XVI S. 65 ff. (1841). (Savigny, Obl. R. I §. 25 a, §. 26 S. 258. 279 ff. [1851], welcher die dritte Meinung, die schon Iulian. epit. nov. const. 92, cap. 348 hatte, tiefer begründet. R.)

p) L. 62 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 2 C. h. t. (8, 40), L. 30 D. de neg. gest. (3, 5), L. 1 §. 13 D. de tut. act. (27, 3), L. 4 D. de his qui effud. (9, 3). (Bestritten: Glück, VI S. 528 Note 92, zuletzt von W. Sell, Zeitschr. für Civilr. und Proceß III. 21, IV. 2 [1830. 1831], Versuche I S. 116 [1833]. Vgl. dagegen v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VI. 12 [1833], Habicht, rechtl. Erörter. und Entscheidungen gemeinrechtl. Controv. [1843]. I. R.)

q) L. 47 D. loc. (19, 2), L. 39 D. de fidei. (46, 1), L. 11 C. eod. (8, 41), L. 1 §. 14 D. de tut. act. (27, 3).

von den Klagen angedeutet worden sind (§. 82—85). Diese Mannigfaltigkeit, welche auf den Inhalt der Obligationen selbst einen mehr oder weniger bedeutenden Einfluß hatte, ist zum großen Theil schon im justinianischen Recht zu einer bloßen Nomenclatur geworden, manche von den Verschiedenheiten, die dieses Recht noch beibehalten hat, sind im heutigen verschwunden. Dieß gilt namentlich von der Classification der bonae fidei und stricti iudicii actiones, welche einen wichtigen Unterschied der Obligationen selbst in sich schloß. Dieser Unterschied beruht auf folgendem Grund. Es ist denkbar, daß die Personen, welche in ein obligatorisches Verhältniß zu einander treten, den Gehalt desselben so genau, als der Gegenstand es zuläßt, feststellen und begränzen, um eine Einfachheit des Verhältnisses zu erreichen, welche künftige Ueberschreitungen von Seiten des Gläubigers, Ausreden und Weiterungen von Seiten des Schuldners ausschließe. Sie können aber auch umgekehrt es für sachgemäßer halten, an die Stelle eines solchen Versuchs der Begränzung eine Berufung auf die Gebote der materiellen Gerechtigkeit und gegenseitigen Billigkeit zu setzen, sie treten in eine Obligatio de eo quod alterum alteri ex fide bona, ex aequo et bono praestare oportet oportebit[a]). Dieser Charakter nun ist gewissen Obligationen durch das Recht beigelegt, ohne daß es einer Erklärung der Parteien darüber bedarf, und bey ihnen sind die Folgen dieses ihres Charakters durch die juristische Theorie sorgfältig ausgebildet; außerdem können Stipulationen durch einen von den Parteien gewählten Zusatz (ex bona fide etc.) diese Natur annehmen[b]). Auf der andern Seite ist den Parteien die Möglichkeit offen gelassen, jenen ersten Weg der genauen Begränzung der Ansprüche und Vereinfachung des künftig richterlichen Amtes einzuschlagen, selbst bey bonae fidei obligationes, durch Verwandlung der Forderungen mittelst Sti-

---

a) L. 2 §. 3 L. 5 pr. D. de O. et A. (44, 7). Folgen: tantundem in b. f. iudiciis officium iudicis valet, quam in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, L. 7 D. de neg. gest. (3, 5); ea quae sunt moris et consuetudinis, in b. f. iudiciis debent venire, L. 31 §. 20 D. de aed. ed. (21, 1); omnia quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in actionem, L. 1 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1) u. s. f.

b) Vgl. Savigny, System V Beil. XIII. 17. (Ein neuerer Versuch über die stricti iuris negotia ist: Heimbach, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß VI. 3 [1848] 5 [1849]. R.)

pulation. — Dieser Unterschied der Obligationen wird heutzutage bey den aus dem römischen Recht stammenden obligatorischen Rechtsverhältnissen nicht mehr beobachtet. Wenn bey einzelnen derselben noch Verschiedenheiten vorkommen, die im römischen Recht mit jenem Unterschied (und eben so ist es in Beziehung auf andere antiquirte Unterschiede) in Zusammenhang stehen, so ist deshalb nicht eine Fortdauer desselben anzunehmen. Sie sind nicht wegen, sondern ungeachtet dieses Zusammenhangs beibehalten, aus davon unabhängigen Gründen[c]).

2. Klaglose Obligationen*).

§. 237.

Die römischen Juristen führen die Obligationen zum Theil auf das ius civile und seine Principien (civilis aequitas), zum Theil auf das allgemeinere Element des römischen Rechts (ius gentium, naturalis aequitas) zurück, jene heißen civiles, diese naturales obligationes[a]). Mit jenen ist stets der vollkommene Schutz durch Klage verbunden, was natürlich nicht ausschließt, daß diese Klage durch eine entgegenstehende Einrede unwirksam gemacht werden kann[b]), mit den letzteren nur als (allerdings keineswegs seltene)

---

c) Es ist wie z. B. bey der Ausschließung von Verzugszinsen aus einem Schenkungsversprechen; Modestin, L. 22 D. de don. (39, 5), führt als einen Grund an, daß die Schenkung nicht zu den b. f. negotia gehöre. Für uns ist dieser Grund nicht entscheidend, aber er ist auch nicht der einzige, auf dem jener Grundsatz beruht. Ein anderes Beispiel giebt die stricte Interpretation der Bedingung einer Conventionalstrafe (s. u. a. §. 362 Note f). — Eine vollkommenere Anwendung der noch im justinianischen Recht vorkommenden Unterschiede zwischen stricti iuris und b. f. obligationes will Roßhirt, Zeitschr. für Civil- und Crim.-Recht I S. 71 ff. (1831), v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VII S. 391 (1834).

*) (Savigny, Obl. Recht I §. 5—14 S. 22—123. R.)

a) L. 84 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Eine andere, wohl nur beiläufig herbeigezogene Erklärung enthält L. 64 D. de cond. indeb. (12, 6): Id quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

b) Darauf bezieht sich die unnütze Eintheilung der civiles obligationes in efficaces und inefficaces.

Ausnahme, indem sie entweder von dem Jus civile recipirt und so mit einer civilis actio versehen, oder von dem Prätor klagbar (durch eine honoraria actio) gemacht worden sind; außerdem sind die naturales obligationes klaglos[c]), und dieser Fall pflegt vorzugsweise mit diesem Wort bezeichnet zu werden[d]).

Die praktische Bedeutung des Gegensatzes von civiles (klagbaren) und naturales obligationes (klaglosen) ist folgende. Der Wirksamkeit mancher Obligationen stehen Gründe entgegen (s. nachher), die aber doch nicht so weit reichen, daß sie eine völlige Unwirksamkeit derselben rechtfertigten; es wird ihnen Genüge gethan, indem das Recht dem Gläubiger die vornehmste und wirksamste Geltendmachung der Forderung, die Klage, entzieht. Die Wirkung einer solchen klaglosen Obligatio besteht 1) in der Möglichkeit, der Grund für ein anderes Rechtsverhältniß zu werden, welches die Existenz einer Obligatio voraussetzt: Pfandrecht, Constitutum, Bürgschaft, Novation; 2) in der Geltendmachung durch Exceptio,

c) L. 16 §. 3. 4 D. de fideiuss. (46, 1): Fideiussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Die klagbare Obligatio ist die vollkommene, die denn auch häufig ausschließlich unter dem Wort obligatio verstanden wird, L. 7 §. 4 D. de pact. (2, 14): Sed cum nulla subest causa, propter conventionem constat hic non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. L. 45 eod., L. 6 D. de O. et A. (44, 7), L. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1), L. 10. 108 D. de V. S. (50, 16).

d) Früher herrschende Irrthümer: 1) Naturales obligationes seyen die auf natürlicher Billigkeit beruhenden an sich bloß moralischen Verbindlichkeiten, denen das Recht zwar eine Wirkung (n. o. efficaces im Gegensatz zu den inefficaces, bloßen Liebespflichten), aber doch nur eine beschränkte gegeben habe, s. z. B. Westenberg, Diss. I. de causis obligationum (1704); zu dieser älteren Theorie hat man sich in neuster Zeit wieder verirrt, indem man von der Wirkung der soluti retentio ausging, die in der That über die eigentliche naturalis obl. hinausreicht (Note e), s. C. Christiansen, Lehre von der nat. obl. und der cond. indeb. 1844. 2) Nat. obl. seyen die auf dem Naturrecht (in dem modernen Sinn) beruhenden, und entweder efficaces, restrictae oder reprobatae, je nachdem ihnen das positive Recht volle, oder beschränkte, oder gar keine Wirkung zuerkenne, so A. D. Weber, syst. Entwickelung der L. von d. natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung 1784—87 und öfter.

namentlich Compensation; 3) in der Geltendmachung der Forderung als einer ehemaligen durch Aufrechthaltung einer geschehenen Zahlung, soluti retentio (§. 309)[e]).

Die einzelnen Fälle der naturalis obligatio zerfallen in zwey Classen, je nachdem sie in der unvollkommenen Entstehung oder in der unvollkommenen Aufhebung (wobey naturalis obligatio manet) einer Obligatio ihren Grund hat. In Beziehung auf die erste Classe kann der Grund liegen in der Formlosigkeit des Geschäfts, sofern diese nicht die Entstehung einer Obligatio überhaupt hindert[f]), in einem Gewaltverhältniß, durch welches die Subjecte verbunden sind (s. §. 438), in der Persönlichkeit des Schuldners, wohin die Obligatio des Filiusfamilias aus dem Gelddarlehen gehört (§. 306). Sehr viele stellen dazu auch die Obligatio des Pupillen aus einem ohne auctoritas tutoris geschlossenen Geschäft[g]), aber die naturalis obligatio, die in diesem Fall erwähnt

e) L. 19 pr. D. de cond. indeb. (12, 6): Si poenae causa eius cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 64 eod. (Note a). Diese Folge aber ist nicht die charakteristische, auch eine bloß moralische Pflicht kann diese Wirkung haben, wenn die Zurückforderung contra bonos mores wäre. Man kann auch dafür den Namen naturalis obligatio gebrauchen, aber dieß ist dann ein anderer Begriff als der, von dem hier die Rede ist. So s. L. 32 §. 2 eod., L. 26 §. 12 eod., L. 11 C. de neg. gest. (2, 19). (Vgl. gegen diese Auffassung Savigny, Obl. R. I §. 12 Note a. d S. 101—103 [1851], der auch in diesen Fällen eine wahre naturalis obligatio annimmt, die freilich nur in einer vereinzelten Wirkung zur Erscheinung kommt. R.)

f) Dieser Fall der naturalis obl. (die Entstehung durch bloßes Pactum) ist aus dem heutigen Recht verschwunden, s. §. 250. (Manche haben die naturalis obligatio besonders wegen L. 1 §. 2 D. de V. O. 45, 1 geläugnet; s. dagegen L. 5 §. 2 D. de solut. (46, 3), die nicht mit Holtius, Abhandl. civilist. und handelsrechtl. Inhalts, übers. von Sutro 1852 No. 1, durch Unterscheidung zwischen naturalis obligatio und naturaliter debere beseitigt werden kann. Vgl. Savigny, Obl.-Recht I S. 38. 53 f. R.)

g) Ob und wie eine naturalis obligatio des Pupillen bestehe, ist seit dem Mittelalter höchst bestritten. Unter den Neueren vgl. für die Existenz dieser nat. obl. (mit bedeutenden Abweichungen von einander) z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 330. Roßhirt, Zeitschr. für Civil- u. Crim.-R. I S. 130 ff. (1832). Rudorff, Vormundschaft II §. 122 (1833). Brandis, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VII S. 151 ff. (1834). v. Vangerow, Leitfaden I §. 279 (1839). Unterholzner, Schuldverhältn. I §. 78 (1840). (Savigny, Obl.-R. I §. 10 S. 61—77 [1851] mit specieller Widerlegung der in der folgenden Note vorgetragenen Ansicht. R.)

wird, hat einen ganz andern Sinn [h]). Die zweite Classe (naturalis obligatio durch unvollkommene Aufhebung einer civilis obligatio)

h) Die Obligatio des Pupillen aus einem solchen Geschäft wird im allgemeinen schlechthin geläugnet, L. 1 C. de inut. stip. (8, 39), L. 9 D. de instit. act. (14, 3), §. 3 I. qu. mod. obl. toll. (3, 29). Der Pupill wird durch den Empfang eines Darlehens nicht einmal iure naturali obligirt, L. 59 D. de O. et A. (44, 7), eben so wenig durch Stipulation, L. 41 D. de cond. indeb. (12, 6): Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet. Anders gestaltet sich die Sache, soweit er bereichert ist (vgl. §. 50 Note e), L. 13 §. 1 eod.: Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit. L. 14 eod.: Nam hoc natura aequum est, neminem cum detrimento alterius locupletiorem fieri. Diese Obligatio aus der Bereicherung, für die mehrfach ein Rescript des Pius angeführt wird, ist eine klagbare, L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5): Pupillus sane si negotia gessèrit, post rescriptum D. Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior, agendo autem compensationem eius quod gessit patitur. L. 6 pr. 34. 37 pr. eod., L. 3 pr. D. commod. (13, 6), L. 10 D. de inst. act. (14, 3), L. 8 §. 15 D. ad S. C. Vellei. (16, 1), L. 1 §. 15 D. depos. (16, 3), L. 1 pr. D. de auct. tut. (26, 8), L. 4 §. 4 D. de doli exc. (44, 4): — si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit —. L. 66 D. de solut. (46, 3). Diese klagbare Obligatio wird in mehreren Stellen ihrem Grund nach auf die naturalis aequitas zurückgeführt, und kann daher als naturalis in diesem Sinn bezeichnet werden, L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8): — naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est, nam in pupillum non tantum tutori, sed cuivis actionem in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit. Eine andere, von der Bereicherung unabhängige naturalis obligatio des Pupillen, die dieses in dem eigentlichen Sinn (der Wirkung nach) wäre, giebt es nicht (denn es ist auch der naturalis ratio angemessen, daß aus Geschäften der Unmündigen ohne Genehmigung des Vormunds keine Obligatio entstehe, Gai. I. 189); von jener sind auch die anderen Stellen zu verstehen, die einer nat. obl. des Pupillen gedenken: L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2), L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 127 D. de V. O. (45, 1), L. 35 D. de fidei. (46, 1), L. 1 §. 1 D. de novat. (46, 2), L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3). Bey diesen Stellen ist zu bemerken, daß durch eine tutore auctore geschehene Novation das Erforderniß der Bereicherung constatirt, also der künftige Einwand, sie sey nicht eingetreten, ausgeschlossen wird. Ferner der Bürge für den Pupillen kann mit diesem Einwand nicht gehört werden, in seiner Uebernahme der Schuld liegt das Uebereinkommen, daß das Erforderniß existire. Die Untersuchung des Erfordernisses fällt aber auch ferner weg, wenn die Zahlung dem Pupillen als Bedingung eines Legats gestellt ist, L. 21 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 44 D. de solut. (46, 3), und bey der Beurtheilung der Confusion (wenn der

wird durch folgende Fälle gebildet: Klagverjährung (§. 92), Competenz (§. 244)[i]).

III. Ausübung der Obligatio.

§. 238.

Die volle Ausübung der Forderung besteht in dem wirksamen Beitreiben des Geschuldeten durch den Gläubiger, und in der wirklichen Erfüllung der Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners. Die Obligatio ist daher ein vorübergehendes Recht, das durch seine volle Ausübung untergeht. Deshalb ist auch kein Besitz an Obligationen denkbar (§. 137). Die Mittel jener Realisirung

---

Gläubiger Erbe des Pupillen wird) als Zahlung, L. 95 §. 2 eod. Wegen L. 64 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1) haben Manche angenommen, die Erben stünden anders als die ursprünglichen Subjecte, aber es ist da nur von dem Verhältniß des Erben (des Pupillen oder des Gläubigers) zu einem Universalfideicommissar die Rede. Endlich ist noch übrig L. 25 §. 1 D. quando dies leg. (36, 2): Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet. Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit, non secus ac si dixisset, Titio dato quod pupillus solverit, vel si legasset quod ex Arethusa natum erit, vel fructus qui in illo fundo nascentur —. Der erste Theil der Stelle beweist entschieden die Nichtexistenz einer Obligatio ohne Bereicherung, und damit zugleich, daß im zweiten (was sich aber auch aus diesem selbst und der darin gebrauchten Analogie ergiebt) naturalis obl. die rein factische (nicht juristische, auch nicht einmal allgemein rechtliche) Obligirung bedeutet. Der Testator vermacht, was der ehemalige Pupill so honett seyn wird zu bezahlen, ungeachtet er weder iure civili noch naturali es zu thun schuldig ist, und der Jurist nennt dieß eine naturalis obligatio, um zu zeigen, daß der Ausdruck debet im Testament diese Interpretation zulasse, so gut als wenn er von einer solutio gesprochen hätte, die ja auch eigentlich gesprochen ohne eine wirkliche Obligatio nicht möglich ist, so daß genau genommen indebiti solutio einen Widerspruch enthält. (Vgl. hiergegen: Puchta, Vorlesungen 4. Ausg. [1854] II S. 46 Note 5. R.)

i) Noch kann dahin gerechnet werden, obwohl nur sehr beschränkt, die naturalis obligatio nach res iudicata (§. 293), und der Fall der L. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1). Unanwendbare Fälle enthalten L. 3 §. 7 D. quod quisque iur. (2, 2), L. 30 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2): — quod litem tempore amisit —. L. 2 §. 2. 3 L. 8 D. de cap. min. (4, 5). — Vgl. Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu. 1843.

für den Gläubiger enthält das Klage- und Exceptionsrecht, welches zu dem Inhalt der Obligatio gehört, nebst den accessorischen Rechten, die zur Sicherung der Forderung mit ihr verknüpft sind. Hier ist von der materiellen Beschaffenheit der Realisirung und von ihrer möglichen Behinderung durch Insolvenz des Schuldners zu handeln.

A. Erfüllung.

1. Gegenstand.

§. 239.

Der Gegenstand der Erfüllung ist durch den Gegenstand der Forderung gegeben, dem Schuldner steht weder eine Theilung[a]), noch eine Veränderung desselben zu, aliud pro alio invito creditori solvi non potest[b]). Eben so wenig kann natürlich der Gläubiger etwas anderes fordern, als den Gegenstand der Obligatio, wohl aber einen Theil. Durch die Verurtheilung des Schuldners in das volle Interesse wird der Gegenstand, der Natur der Obligatio gemäß (§. 219. 224), nicht verändert. Wann aber die Verurtheilung in den Geldwerth, außer den Fällen, wo dieser direct Gegenstand der Forderung ist (sey es von Anfang, oder durch nachherige Verwandlung[c])) erfolgt, ist eine processualische Frage. Nach dem älteren Recht condemnirte die Sentenz des Richters, welches auch der directe Gegenstand der Obligatio seyn mochte, immer in eine Geldsumme, nach justinianischem Recht geschieht dieß, so lange die eigentliche Leistung noch factisch möglich ist, nur bey den Obligationen auf ein Thun[d]), nach heutigem Recht ist auch diese Ausnahme

---

a) L. 41 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 13 §. 8 D. de A. E. V. (19, 1). Anders wenn er die Forderung zum Theil bestreitet, L. 21 D. de reb. cred. (12, 1). Ueberhaupt ist die Möglichkeit einer theilweisen Tilgung der Schuld dadurch nicht ausgeschlossen, L. 9 §. 1 D. de solut. (46, 3), §. 1 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29).

b) L. 2 §. 1 in f. D. de reb. cred. (12, 1), L. 16 C. de solut. (8, 43). S. auch L. 11 §. 25 D. de leg. III. (32): Si quis opus facere iussus paratus sit pecuniam dare reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur, et ita D. Marcus rescripsit.

c) S. z. B. L. 8 pr. D. de cond. furt. (13, 1).

d) L. 13 §. 1 D. de re iud. (42, 1): — — in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. I §. 29—31.

weggefallen; die Substitution des Geldwerths geschieht erst in der Executionsinstanz, wenn die statthaften Zwangsmittel (Strafen, wodurch der Ungehorsam des Verurtheilten gebrochen werden soll) erfolglos geblieben sind oder der Gläubiger auf sie verzichtet.

Modificationen [a]).

§. 240.

Wenn der eigentliche Gegenstand der Forderung ohne zu prästirende Schuld des Schuldners nicht geleistet werden kann, so tritt, wo diese Unmöglichkeit nicht seine völlige Befreiung zur Folge hat, der gemeine Werth nach Ort und Zeit der Leistung an seine Stelle. So bey der Verpflichtung zur Lieferung einer fremden Sache, die der Eigenthümer nicht veräußern will [b]), bey der Verpflichtung zur Leistung einer Sache, die eben so einem Andern geschuldet wird [c]). Bey einer Geldschuld kann der Schuldner, welcher kein Geld sich zu verschaffen vermag, den auf Zahlung dringenden Gläubiger nöthigen, andere Sachen, jedoch seine besten, als nach Wahl des Gläubigers, nach gerichtlicher Taxe und gegen Caution wegen Eviction an Zahlungsstatt anzunehmen; dieß nennt man das beneficium dationis in solutum [d]). Im Fall der Eviction hat der Gläubiger die Wahl, ob er mit den Ansprüchen eines Käufers auftreten [e]), oder die Schuld als nicht getilgt behandeln will [f]). Ein besonderes Vorrecht haben in Beziehung auf dieses Benefi-

---

a) Es ist hier unmittelbar nur von Modificationen der Realisirung, nicht von solchen die Rede, welche die Forderungen selbst treffen. Von diesen letzteren Veränderungen wird bey der Entstehung und Aufhebung der Obligatio gehandelt werden, oder auch bey den einzelnen Obligationen, auf die sie sich, ausschließlich oder vorzugsweise, beziehen.

b) L. 71 §. 3 D. de leg. I. (30).

c) Wenn mehreren dieselbe Sache in solidum vermacht ist, so hat der, welcher zuerst die Klage anstellt und litem contestirt, die Wahl zwischen der Sache und der Aestimation, der Andere erhält das von jenem nicht Gewählte, L. 33 eod.

d) Nov. 4 c. 3. Marezoll, Magazin für Rechtswiss. VI. 11, 1. Eine Anwendung auf die Verschuldungen im dreißigjährigen Krieg enthält J. R. A. 1654 §. 172.

e) L. 24 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 4 C. de evict. (8, 45).

f) L. 46 D. de solut. (46, 3). Bestritten, s. Glück, Commentar XX S. 190 ff.

cium die Kirchen und milden Stiftungen[g]). Sie können, wenn sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung beweglicher Sachen abzutragen vermögen, 1) ihre unbeweglichen so an Zahlungsstatt geben, daß die Auswahl zu ihrem eigenen Vortheil geschieht und zu dem Taxwerth noch ein Zehntheil geschlagen wird, oder 2) den Gläubigern auch nur den Besitz derselben, um sich aus den Früchten allmälig zu befriedigen, einräumen, wobey denn überdieß die Zinsen auf drey Procent ermäßigt werden. Hieraus ist in der Praxis der Satz gezogen worden, daß überhaupt Kirchen und milde Stiftungen bey starker Verschuldung eine Herabsetzung der Zinsen durch die Staatsregierung verlangen können[h]).

2. Zeit.

§. 241.

Die Forderung kann existiren (dies obligationis cessit), ohne daß die Möglichkeit ihrer Ausübung und Geltendmachung (dies venit) eingetreten ist[a]). Als Regel ist zu betrachten, daß die Erfüllung mit der Existenz der Obligatio gefordert werden kann[b]), eine Trennung aber jener beiden Momente, durch Aufschub der Erfüllung, wird herbeigeführt durch eine auf Privatdisposition oder Rechtsvorschrift beruhende Erfüllungszeit, welche im Zweifel den Schuldner berechtigt, nicht verpflichtet[c]); ja schon in der Beschaffenheit der Leistung selbst kann ein solcher Aufschub liegen[d]).

---

g) Nov. 120 c. 6 §. 2. Auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccles. (1, 2).

h) I. H. Böhmer, ius eccl. prot. III. 16, 48.

a) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

b) L. 14 D. de R. I. (50, 17): In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

c) L. 41 §. 1 D. de V. O. (45, 1): — diei adiectionem pro reo esse non pro stipulatore. L. 70 D. de solut. (46, 3): Quod certa die promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur. L. 17 D. de R. I. (50, 17). Stellung der Zeit auf den Willen des Schuldners, L. 46 §. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 41 §. 13 D. de leg. III. (32).

d) L. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1): Illud inspiciendum est, an qui

Dadurch, daß jemand eine Leistung früher erhält oder später giebt, hat er einen Vortheil, welcher commodum temporis oder repraesentationis, bey einer Geldschuld, wo der Vortheil in der nutzbaren Anlegung des Capitals, namentlich auf Zinsen, besteht, interusurium heißt[e]). Dieses Interusurium dem Gläubiger anzurechnen ist der Schuldner (oder, wenn die Zahlung in fraudem creditorum geschehen ist, die benachtheiligten Gläubiger) berechtigt, wenn er eine unverzinsliche Schuld mit dem Willen des Gläubigers[f]) vor der Erfüllungszeit zahlt. Die Höhe des Interusurium kann vertragsweise bestimmt werden, außerdem wird dem Gläubiger so viel abgezogen, daß er mit Hinzurechnung der in der Zwischenzeit von dem jetzt Empfangenen zu beziehenden Nutzungen (wobey nach der Hoffmann'schen Ansicht bloß die Zinsen des erhaltenen Capitals, nach der Leibnitz'schen auch die zu gewinnenden Zinsen von diesen Zinsen in Anschlag kommen) am künftigen Zahlungstermin die ganze geschuldete Summe haben wird[g]).

---

centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur; et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus, aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat. nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat, dare promiserit.

e) L. 9 §. 8 D. de pecul. (15, 1), L. 24 §. 2 D. sol. matr. (24, 3), L. 82 pr. D. de leg. II. (31), L. 1 §. 10 L. 66 pr. L. 88 §. 3 D. ad L. Falc. (35, 2), L. 10 §. 12 L. 17 §. 2 D. quae in fraud. cred. (42, 8).

f) Keine Ausnahme macht die citirte L. 24 §. 2 D. sol. matr.

g) Schrader, civil. Abhandl. II. 2, hat nachzuweisen gesucht, daß die Hoffmann'sche Berechnung auch von den römischen Juristen angewendet worden sey (während Oettinger im Archiv für civ. Pr. XXIX. 2 [1846] wieder die Anwendung der Carpzov'schen Methode bei den Römern vertheidigt, wobei jedoch bezüglich der L. 88 §. 3 D. ad L. Falc. [35, 2] S. 44 außer Acht gelassen ist, daß bei Vermächtnissen die Todeszeit des Erblassers über den Betrag des Vermögens entscheidet. R.). Dieser Umstand indessen ist für die Frage des geltenden Rechts an sich nicht entscheidend; ein Rechtssatz ist

Modificationen.

a. Erzwungene Stundung und Moratorien[a]).

§. 242.

Eine Stundung, wodurch die Geltendmachung der Forderung durch Klage, aber auch nur diese, suspendirt wird, kann wider den Willen des Gläubigers herbeigeführt werden 1) durch den Beschluß der (nach der Größe der Forderungen, und erst im Fall der Gleichheit nach der Zahl der Personen zu berechnenden) Majorität der Gläubiger, an den bey gehöriger Begründung desselben die Minorität gebunden ist, auf höchstens fünf Jahre[b]); begründet kann er werden entweder durch den Vortheil der Gläubiger selbst, oder durch den des Schuldners, dessen Ruin durch sofortiges Andringen herbeigeführt werden würde, während Befriedigung ohne jene Folge nach der gestatteten Frist wahrscheinlich ist, welches letztere bey einer durch grobe Verschuldung herbeigeführten Insolvenz nicht der Fall seyn wird; 2) durch Concession des Regenten, Moratorium, Indult, Anstandsbrief, Quinquenell &c. genannt, gegen Sicherstellung der Gläubiger[c]). Es besteht kein Grund, die Wirkung dieser Concession auf die zur Zeit ihrer Ertheilung schon vorhandenen Gläubiger zu beschränken, für die eine solche Beschränkung, namentlich wo es mit der Sicherstellung nicht sehr genau genommen wird, gefährlich werden könnte.

b. Cessio bonorum[a]).

§. 243.

Der Schuldner kann den Klagen seiner Gläubiger bey unverschuldeter Insolvenz durch vollständige Abtretung seiner Güter

---

die Feststellung des zu erreichenden Resultats, nicht des Wegs dazu. (Oettinger sucht die Unrichtigkeit aller drei bisher vorgeschlagenen Berechnungsarten nachzuweisen und eine neue zu begründen, stimmt jedoch im Resultat mit Leibnitz überein. Die neuste Schrift ist P. F. Keil, das Interusurium, oder die richtige Bestimmung der Forderungsrechte zu andern als den Verfallzeiten. 1854. R.)

a) W. H. Puchta, über den Concursproceß S. 218—246.

b) L. 8 C. qui bon. ced. poss. (7, 71).

c) L. 2. 4 C. de prec. imp. off. (1, 19), R. P. O. 1577 Tit. 23 §. 4. Vgl. Mittermaier, Archiv für civ. Pr. XVI. 17.

a) Dig. XLII. 3: de cessione bonorum. Cod. VII. 71: qui bonis cedere possunt.

an sie, um ihre Befriedigung daraus zu suchen, cessio bonorum, entgehen[b]), und dadurch von den besondern Nachtheilen, die außerdem für ihn aus seiner Insolvenz entspringen würden, sich befreien[c]). Wie auf die Gläubiger nicht das Eigenthum der Güter, sondern nur Detention und Verkaufsrecht übergeht, so werden auch die Forderungen dadurch nicht getilgt, sondern nur ihre Geltendmachung gegen den Schuldner suspendirt[d]).

c. Beneficium competentiae.

§. 244.

Der Schuldner wird regelmäßig in die ganze Schuld ohne Rücksicht auf die Sufficienz seines Vermögens condemnirt. Es giebt aber Fälle, wo er gegen diese strenge Condemnation eine Einrede hat, mit der er verlangen kann, nur in quantum facere potest, und zwar nach Abzug des zum Lebensunterhalt schlechterdings Nothwendigen (der s. g. Competenz), condemnirt zu werden[a]). Die Einrede ist auf die Person des Schuldners beschränkt[b]), sie steht auch nur der klagweisen Geltendmachung der Forderung (aber auch noch der actio iudicati) entgegen[c]), die Forderung bleibt auf

b) L. 3. 5. 8. 9 D. L. 4. 6 C. h. t. Von dem Manifestationseid, der dem Schuldner abgefordert werden kann, nicht von einem besondern angeblichen beneficium eiurationis, handelt die nicht glossirte Nov. 135. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I §. 31 a. E.

c) L. 1. 8 C. eod., L. 11 C. ex qu. caus. infam. (2, 12).

d) L. 4. 7 D. h. t. (42, 3), L. 1 C. eod. (7, 71).

a) L. 173 pr. D. de R. I. (50, 17): In condemnatione personarum quae in id quod facere possunt, damnantur, non totum quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. Irrthümer: 1) Condemnatio in id quod facere potest und Competenzwohlthat seyen zwey verschiedene Beneficien, und träfen auch nicht überall zusammen, so z. B. Schömann, Handbuch des Civilr. II. 5; 2) es seyen zwey verschiedene Beneficien, die aber zufällig immer zusammen einträten, so z. B. Vangerow, Leitfaden §. 174. Aber es ist ein und dasselbe Beneficium, welches durch eine günstigere Auslegung des in quantum facere potest eine Ausdehnung erhielt, die anfangs wahrscheinlich nur in gewissen Fällen, zuletzt in allen angenommen wurde. Dieses Verhältniß, nicht jene Doppelheit des Beneficiums, geht auch hervor aus L. 19 §. 1 D. de re iud. (42, 1).

b) L. 23—25 D. de re iud. (42, 1), L. 7 pr. D. de except. (44, 1), L. 12. 13 D. sol. matr. (24, 3).

c) L. 8. 9 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 33 pr. D. de donat. (39, 5) L. 41 §. 2 D. de re iud. (42, 1).

das Nichtgezahlte, und wird durch die Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners wieder klagbar[d]). Der Betrag des Vermögens wird berechnet zur Zeit der Verurtheilung[e]), ohne Abzug anderer Schulden[f]). Das Beneficium fällt, wo es sonst begründet wäre, weg gegen Delictsklagen und wenn wegen eines Dolus geklagt wird[g]), ferner bey doloser Verminderung des Vermögens[h]), endlich durch Verzicht, so weit in dessen Geltendmachung nicht eine Unsittlichkeit liegt[i]).

§. 245.

In einigen Fällen wird das Beneficium durch das persönliche Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger begründet, dahin gehört 1) das den Eltern (und Patronen) gegen die Kinder (und Freigelassenen)[k]), 2) das den Ehegatten gegen einander zustehende[l]), 3) das des Vaters der Frau gegen den Mann, aber nur in Beziehung auf eine promittirte Dos, wenn sie manente adfinitate (also während der Ehe) gefordert wird[m]). Häufig wird es 4) noch den Geschwistern gegen einander gestattet, wegen des Grundes, der für die Competenz der Socii angeführt wird[n]).

In andern Fällen ist es die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses, welche zur Ertheilung des Beneficiums geführt hat. Dahin gehört die Competenzeinrede 5) des Ehemanns, seines Vaters, seiner Kinder (nicht aber anderer Erben) gegen eine Do-

---

d) L. 63 §. 4 D. pro soc. (17, 2): Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod facere socius non possit, scil. nuda promissio? quod magis dicendum arbitror. L. 3 C. de bon. auct. iud. (Note u), L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

e) L. 63 §. 6 D. pro soc. (17, 2), L. 15 pr. D. sol. matr. (24, 3).

f) L. 63 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 16. 19 pr. D. de re iud. (42, 1). Ausnahme für den Schenker, L. 19 §. 1 L. 49. 50 eod., L. 54 D. sol. matr. (24, 3).

g) L. 22 §. 1 L. 52 D. de re iud. (42, 1), L. 21 §. 6 D. rer. amot. (25, 2), L. 4 §. 1. 2 D. quod cum eo (14, 5).

h) L. 63 pr. §. 7 D. pro soc. (17, 2), L. 51 pr. D. de re iud. (42, 1).

i) L. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3).

k) L. 16. 17 D. de re iud. (42, 1).

l) L. 20 eod.

m) L. 21. 22 pr. eod., L. 84 D. de iure dot. (23, 3), L. 17 pr. D. sol. matr. (24, 3).

n) L. 63 pr. D. pro soc. (17, 2): — cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

talklage (nicht aber gegen die Klage auf Restitution einer dos receptitia)[o]; 6) der socii gegen die pro socio actio[p]), 7) des Schenkers gegen die Forderung aus der Schenkung[q]).

Es giebt aber auch Fälle, wo die Competenz lediglich auf eine Eigenschaft des Schuldners sich gründet. Dahin gehört 8) die der Soldaten gegen alle Forderungen[r]); 9) solcher, die während der väterlichen Gewalt Schulden contrahirt haben, gegen die Forderungen daraus, wenn sie nicht sehr lange nach Endigung der väterlichen Gewalt belangt werden, auch bey Endigung durch den Tod des Vaters, sofern sie wenig oder nichts von ihm geerbt haben[s]); 10) des Schuldners, welcher bonis cedirt hat, hinsichtlich des Vermögens, das er nach der cessio erwirbt[t]). Das Beneficium gründet sich auf die Cessio, und wirkt daher gegen die Gläubiger, denen diese geschehen ist, also die damals schon Gläubiger waren[u]), gleichviel ob sie davon Gebrauch gemacht und

o) L. 12. 13. 15 §. 2 L. 16. 17 §. 2 L. 18 pr. D. sol. matr. (24, 3), L. 21. 23. 24 §. 1 D. de re iud. (42, 1).

p) §. 28 I. de action. (4, 6), L. 63 pr. D. pro soc. (17, 2). Ulpian giebt hier das Beneficium: etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei. Aus demselben Werk ist genommen L. 16 D. de re iud. (42, 1), wo unter den Berechtigten die socii aufgeführt werden mit dem Zusatz: socium autem omnium bonorum accipiendum est, der am wahrscheinlichsten eine bey der Zusammenstellung der Pandekten gemachte Einschaltung der Compilatoren aus einem andern dissentirenden Juristen ist. Das praktische Resultat ist, daß diese Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs der beiden Stellen wegfällt.

q) L. 33 D. de iure dot. (23, 3), L. 19 §. 1 L. 30 D. de re iud. (42, 1), vgl. Note f. Dem extraneus dotis promissor versagt Paulus das Beneficium gegen den Mann, L. 84 D. de iure dot., L. 41 pr. D. de re iud., formell mit vollem Recht, denn auch wenn er Schenker ist, ist er Schenker der Frau, Ulpian dagegen L. 33 D. de iure dot. setzt die Zuläßigkeit der Competenz voraus (denn der Beziehung auf die Frau, die man nach Cujacius oft angenommen hat, steht entgegen, daß diese unmittelbar keine Klage gegen den promissor hat), ohne Zweifel in Erwägung des Umstands, daß es factisch so gut ist wie wenn die Beschenkte selbst klagte. S. über die verschiedenen Ansichten Meyerfeldt, Rhein. Mus. VII S. 111 ff.

r) L. 6 pr. 18 D. de re iud. (42, 1).

s) L. 2—5 D. quod cum eo (14, 5), L. 49 D. de re iud. (42, 1).

t) §. ult. I. de action. (4, 6), L. 4. 6 D. de cess. bon. (42, 3).

u) L. 3 C. de bon. auct. iud. (7, 72): Ex contractu qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra iuris rationem convenies, cum eum

Vortheil gezogen haben oder nicht[v]), nicht gegen die nach der Cessio contrahirten Forderungen.

Endlich kann die Competenzeinrede auch 11) durch Vertrag begründet werden[w]). — Ein s. g. beneficium competentiae ex iure tertii giebt es nicht; man hat es auf ein Recht des Unterhaltgebers, zu fordern, daß seinem Alimentirten dieser Unterhalt nicht entzogen werde, gründen wollen[x]). Ist aber der Alimentator unbedingt (wenn gleich ex causa donationis) zur Verabreichung der Alimente verpflichtet, so steht ihm ein solches Recht gar nicht zu, und hat er ein Recht, über seine Alimentenreichung irgendwie zu verfügen, so kann man dieß nicht als Competenzbeneficium behandeln. Eben so wenig gehören dahin die Executionsbeschränkungen in Beziehung auf die Besoldungen der Beamten, und das Recht der Kirche, zu verlangen, daß den Gläubigern der Geistlichen die Pfründen derselben nur so weit als Befriedigungsobject angewiesen werden, als dadurch die Subsistenz des Beneficiaten und die davon abhängige Erfüllung seiner Amtspflichten nicht beeinträchtigt wird[y]). — Die Annahme eines beneficium competentiae aus der unglossirten Novelle 135[z]) beruht auf einem Mißverständniß (§. 243 Note b). Eben so das des Ehemannes gegen die actio funeraria[aa]), die ihrem ursprünglichen Gegenstand nach nicht erst durch eine Competenzeinrede beschränkt ist (§. 318).

---

aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, cum tantum postea quaesivit, quod Praesidem ad eius rei licentiam debeat promovere.

v) So läßt sich verstehen L. 4 §. 1 D. de cess. bon. (42, 3): Sabinus et Cassius putabant, eum qui bonis cessit, ne quidem ab aliis quibus debet, posse inquietari. Viele Juristen (s. z. B. Thibaut, civ. Abhandl. 16) haben dadurch eine Wirksamkeit des Beneficiums auch gegen spätere Gläubiger begründen wollen. Aber diese Interpretation der Stelle würde höchstens einen Widerspruch zwischen ihr und der in der Note u citirten herstellen, in dessen Folge wir immer wieder auf die im Text vorgetragene, dem Grund der Competenz angemessene Ansicht zurückkommen würden.

w) L. 49 D. de pact. (2, 14).

x) S. z. B. Thibaut, System des Pand. R. §. 107.

y) Eichhorn, Grunds. des Kirchenr. I S. 537 ff.

z) Mühlenbruch, Lehrbuch §. 154.

aa) Vangerow, Leitfaden I §. 174 Num. 5.

3. Ort der Erfüllung.

§. 246.

Ist der Ort, wo die Erfüllung geschehen soll, bestimmt[a]), so darf an einem andern Ort der Schuldner nicht leisten[b]), der Gläubiger nicht fordern[c]). Bey alternativer Bestimmung hat der Schuldner die Wahl, wenn er freiwillig erfüllt, der Gläubiger, wenn es zur Klage kommt[d]). Die aus der Ortsbeschränkung für den Gläubiger möglicherweise entstehenden Inconvenienzen zu beseitigen, ist ihm an einem andern Ort zu klagen gestattet dahin, daß der Schuldner an dem bestimmten Ort, oder daß er an dem Ort der Klage mit Berücksichtigung des Interesse Loci (§. 225) leiste; bey stricti iudicii obligationes ist zu diesem Behuf die arbitraria actio de eo quod certo loco gegeben, bey bonae fidei obligationes reicht die gewöhnliche Klage dazu hin[e]).

Der Mangel einer Bestimmung über den Ort kann unter Umständen die Leistung völlig unbestimmt und die Obligatio selbst ungültig machen[f]), umgekehrt kann die Beschaffenheit der Leistung selbst den Ort stillschweigend geben. Ist keines von beiden der Fall, so ist der Ort der Klage der Ort der Erfüllung[g]), nur geschieht die Herbeischaffung bey Forderungen auf individuell bestimmte Sachen, wenn sie sich ohne Dolus des Schuldners an einem andern Ort befinden, auf Gefahr und Kosten des Klägers[h]). Will aber der Schuldner ohne Klage erfüllen, so muß er es natürlich bey dem Gläubiger thun[i]).

---

a) Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. Cod. III. 18: ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. Bethmann-Hollweg, Versuche über den Civilproceß S. 19—53.

b) L. 2 §. 7 L. 9 D. h. t. (13, 4).

c) L. 1 eod.

d) L. 2 §. 3 eod.

e) L. 1. 3. 4 §. 1 L. 7 pr. 8 eod.

f) L. 2 §. 5 eod.

g) L. 4 D. de cond. trit. (13, 3), L. 22 D. de reb. cred. (12, 1), L. 1 D. de annuis leg. (33, 1).

h) L. 11 §. 1 D. ad exhib. (10, 4), L. 12 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 38 D. de iud. (5, 1), L. 47 pr. §. 1 D. de leg. I. (30).

i) Die gewöhnliche Meinung: Ort des Empfangs und Domicilium des Schuldners, hat weder die Natur der Sache noch das geschriebene Recht für sich, das vielmehr über diesen Punkt schweigt.

B. Einfluß der Insolvenz des Schuldners[a]).

§. 247.

Die Insolvenz des Schuldners kann in dem Fall der Existenz mehrerer Gläubiger ein besonderes Verhältniß dieser unter einander und zu den Gütern des Schuldners, aus denen sie ihre Befriedigung suchen, hervorbringen. Dieses Verhältniß ist der concursus creditorum, welcher durch ein richterliches Decret, veranlaßt entweder durch Erklärung des Schuldners (cessio bonorum) oder Antrag der Gläubiger, begründet durch die Wahrscheinlichkeit der Insufficienz des Vermögens zur Befriedigung aller Gläubiger, eröffnet wird. Die Folge der Concurseröffnung für den Schuldner (Cridar) ist nach heutigem Recht, daß er das Dispositionsrecht über seine Güter (Concursmasse) verliert und seine Person in dieser Hinsicht und gegenüber den einzelnen Gläubigern durch einen Verwalter (Massecurator) und Contradictor vertreten wird, die sowohl in seinem als im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger handeln; für die Gläubiger hat sie die Folge, daß sie, sofern sie ihre Befriedigung aus den Gütern ihres Schuldners — sey es mit der persönlichen oder mit der hypothecarischen Klage — suchen, an dem Concursverfahren Theil nehmen müssen (wofern sie nicht etwa Anspruch haben, einen Theil der Güter zum Behuf eines particulären Concurses auszuscheiden), um nach den hierüber bestehenden Grundsätzen der Gleichheit und des Vorzugs (§. 248) in Gemeinschaft mit den übrigen ihre Forderungen geltend zu machen und zu realisiren[b]). Die nicht Theilnehmenden haben einen Anspruch auf das, was zur Concursmasse gehört, erst wenn alle Theilnehmer daraus vollständig befriedigt sind. So giebt der Concurs der Geltendmachung und Befriedigung der

---

a) Dig. XLII. 5: de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis. 6: de separationibus. 7: de curatore bonis dando. Cod. VII. 72: de bonis auct. iud. possid. seu venundandis et de separationibus bonorum.

b) L. 6 §. 7 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset.

Forderungen aus dem vorhandenen Vermögen des Schuldners eine besondere Gestalt und Richtung, aber er befreit den Schuldner nicht, er tilgt die Forderungen nicht, weder für die theilnehmenden noch für die wegen Nichtanmeldung präcludirten Gläubiger[c]).

§. 248.

Die Befriedigung der Gläubiger in Folge des Concurses geschieht nach folgenden Grundsätzen. Vor allem scheiden sich die Ansprüche aus, welche die Concursmasse selbst mindern, wohin theils die Gerichts- und Masseverwaltungskosten und die Forderungen der s. g. Massegläubiger, theils die Separationsbefugnisse, wodurch Gegenstände von der Masse zum Behuf einer abgesonderten Befriedigung getrennt werden, gehören. Aus dem, was hiernach als Befriedigungsobject für die concurrirenden Gläubiger übrig bleibt, nehmen die Pfandgläubiger als solche die Gegenstände ihres Pfandrechts als Befriedigungsmittel in Anspruch, und sofern mehrere an denselben Gegenständen ein Pfandrecht haben, nach der Ordnung, welche das Prioritätsrecht an die Hand giebt (§. 209 ff.); die durch diese Geltendmachung ihres Pfandrechts nicht befriedigten treten (vorausgesetzt natürlich, daß außer ihren Pfandobjecten noch Güter vorhanden sind) unter die nichthypothecarischen, die chirographarischen Gläubiger. Für diese mit der persönlichen Klage ihre Befriedigung suchenden Gläubiger gilt der Grundsatz als Regel, daß sie einander gleichstehen und daher auf Befriedigung pro rata Anspruch haben[d]); von einem Vorzug des Alters kann, da der unmittelbare Gegenstand der Forderungen niemals derselbe ist, nicht die Rede seyn[e]). Diese Gleichheit hat eine doppelte Gattung von Ausnahmen:

1) Forderungen, die den übrigen nachstehen. Am vollständigsten gilt dieß von den Ansprüchen aus Verleihungen auf den

---

c) L. 3 C. de bon. auct. iud. (7, 72), L. ult. §. ult. D. quae in fr. cred. (42, 8).

d) L. 6 C. de bon. auct. iud. poss. (7, 72).

e) Vgl. L. 32 D. de reb. auct. iud. (42, 5). In einem Fall, der sich aber nicht auf den Concurs bezieht, ist ein Vorzug des Alters anerkannt; bey der Vermiethung von Diensten soll der frühere Miether von dem späteren befriedigt werden, L. 26 D. locati (19, 2). Dagegen scheint L. 9 C. de iure dot. (5, 12) zwischen dem privilegium dotis (wenn die Stelle davon zu verstehen ist) und andern einen Vorzug des Alters anzuerkennen.

Todesfall, die sich nur auf das Vermögen beziehen, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt[f]). Sodann stehen die Strafforderungen den reipersecutorischen nach, und dieß gilt auch von fiscalischen Strafen[g]).

2) Forderungen, die den übrigen vorgehen. Dieser Vorzug, den manche Forderungen im Concurs haben, heißt privilegium exigendi, es ist ein privilegium inter personales actiones[h]), der hypothecarischen Klage giebt es keinen Vorzug und eben so wenig vor den hypothecarischen Klagen[i]). Die einzelnen Privilegien sind zum Theil privilegia personae, die der Forderung um der Person des Gläubigers willen gegeben sind (§. 30); ein solches haben der Fiscus, und ebenso der Regent und seine Gemahlin, wegen jeder Forderung (mit Ausnahme der Strafen)[k]), die Städte[l]) und nach der Praxis die Kirchen; die Ehefrau (auch die putative und die Braut) wegen ihrer Dotalforderung[m]), die Bevormundeten wegen der Vormundschaftsforderungen gegen ihre Vormünder und Protutoren, aber auch gegen negotiorum gestores[n]). Zum

f) L. 17 D. de mortis c. don. (39, 6), L. 4 §. 1 L. 6 pr. D. de separat. (42, 6). (Dieser Satz gehört nicht hierher, sondern zur Existenz der Verleihung. Im Fall der Insolvenz fällt sie aus und hat daher gar keine Stelle, im Fall der Solvenz gehört sie in die dritte Klasse. Vgl. Arndts im Rechtslex. IV S. 27 f. R.)

g) L. 17 D. de iure fisci (49, 14): In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi (Modestin.). L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7): Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est (Alex.). Zweifelhaft ist das Verhältniß einer Stelle Papinian's zu diesem höchst gerechten Grundsatz, in welcher übrigens (was man öfters übersehen hat) das Princip selbst entschieden anerkannt ist, nämlich L. 37 D. de iure fisci: Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat.

h) L. 74 D. de iure dot. (23, 3).

i) L. 9 C. qui pot. (8, 18).

k) L. 10 pr. D. de pact. (2, 14), L. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5), L. 6 D. de iure fisci (49, 14).

l) L. 38 D. de reb. auct. iud. (42, 5), vgl. Plin. epist. X. 109. 110.

m) L. un. C. de privilegio dotis (7, 74), L. 22 §. 13 D. sol. matr. (24, 3), L. 17 §. 1 L. 19 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

n) L. 19—23 eod., L. 42. 44 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

Theil sind es privilegia causae, ein solches haben die Begräbnißkosten, seyen sie vom Begräbniß des Schuldners oder eines Andern, zu dessen Beerdigung der Schuldner verpflichtet ist[o]), nach der Praxis auch die Kosten der Krankheit, woran der Schuldner gestorben ist; das Gelddarlehen zum Wiederaufbau eines Gebäudes[p]); die Forderung des Socius, der die Kosten der Reparatur eines gemeinschaftlichen Gebäudes vorgeschossen hat, auf Wiedererstattung derselben pro rata von dem andern Theilhaber[q]); die Forderung, welche zum Zweck der Anschaffung, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffs contrahirt ist, auch die venditi actio wegen Verkaufs eines Schiffs[r]); die Forderung wegen unverzinslicher Niederlegung von Geldern bey einem Argentarius[s]), die Praxis legt der depositi actio (directa) überhaupt dieses Privilegium bey; nach der Praxis der Gesindelohn. Wer zum Behuf der Abfindung eines solchen privilegirten Gläubigers creditirt hat, rückt in dessen Stelle ein[t]).

Unter mehreren privilegirten Forderungen tritt wieder die Regel der Gleichheit ein, aber auch hier giebt es Ausnahmen: 1) die erste Stelle haben die Begräbnißkosten[u]), der Fiscus[v]) und das Depositum, wenn es auf Rückgabe derselben Geldstücke geschlossen ist[w]),

---

o) L. 45 D. de relig. (11, 7), L. 17 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

p) L. 24 §. 1 eod., L. 1 D. de cess. bon. (42, 3).

q) L. 52 §. 10 D. pro soc. (17, 2).

r) L. 26. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

s) L. 24 §. 2 eod., L. 7 §. 2 D. depos. (16, 3).

t) L. 2 D. de cess. bon. (42, 3), L. 24 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

u) L. 45 D. de relig. (11, 7): Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sunt.

v) L. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5), vgl. Paul. sent. V. 12, 10. Dort heißt es von dem Darlehen für ein Schiff: habet privilegium post fiscum, womit gesagt wird, daß es dem Fiscus nachsteht, nicht daß es den übrigen vorgeht. Eben so ist L. 38 §. 1 eod.: respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur, nur Ausdruck des Privilegiums, nicht einer vorzüglichen Stelle unter den Privilegien.

w) L. 7 §. 2 D. depos. (16, 3): Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea

2) die letzte Stelle hat das uneigentliche Depositum auf Rückgabe derselben Quantität[x]).

Aber die Praxis hat unter den Privilegien einige herausgehoben, die sie absolute nennt, und an die Spitze aller Gläubiger, auch die Pfandgläubiger inbegriffen, stellt: das Privilegium der öffentlichen Abgaben, der Begräbnißkosten, des Gesindelohns.

IV. Entstehung der Obligatio.

A. Entstehungsgründe.

§. 249.

Die Entstehungsgründe der Obligationen sind von dreifacher Art: Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen, Zustände. Der Charakter dieser Classification besteht darin, daß die Entstehung von der absichtlichsten bis zur unwillkürlichsten fortschreitet. Die Hervorbringung der Obligatio kann 1) eine durchaus absichtliche von beiden Seiten, des zu Berechtigenden und des zu Verpflichtenden seyn, dieß ist die Entstehung durch Vertrag zwischen den Subjecten der Obligatio, bey weitem die wichtigste Entstehungsart; 2) eine absichtliche von Seiten des zu Verpflichtenden, Entstehung durch einseitiges Versprechen, eine anomale Entstehung; 3) Entstehung durch ein Rechtsgeschäft, also durch einen auf einen rechtlichen Zweck gerichteten Act, nur daß die Absicht nicht auf die Obligatio gerichtet zu seyn braucht, Quasicontracte; 4) Entstehung durch eine Handlung, bey der die Absicht überall nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, durch unerlaubte Handlungen; 5) Entstehung ohne daß eine Handlung unmittelbar erforderlich und die Quelle der Obligatio ist, durch Zustände, in denen sich jemand befindet.

In Beziehung auf den Inhalt und die Behandlung der Obligatio bildet die Entstehung durch unerlaubte Handlungen einen

---

usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. L. 8 eod.

x) L. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. (42, 5): In bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud enim est credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum qui vindicat, ante privilegia. So ist diese Stelle mit der in Note w gegebenen zu vereinigen, beide sind aus Ulpian's Edictscommentar.

Gegensatz gegen alle andern Entstehungsarten, unter denen wieder die Obligationen durch Rechtsgeschäfte, und hier insonderheit durch Verträge, der Typus dieser Classe sind. Dieß ist der Sinn der Classification: omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto[a]), welche an einem andern Ort durch Hinzufügung der obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto[b]) weniger vervollständigt, als erläutert wird, anderwärts in einem dritten Glied: ex variis causarum figuris (proprio quodam iure) einen Zusatz erhält[c]), dessen Bedeutung zweifelhaft ist[d]).

Für die Entstehung der Obligationen, und namentlich für die durch Verträge, ist im allgemeinen auf die hieher anzuwendenden Grundsätze von der Entstehung der Rechte überhaupt durch Handlungen und besonders durch Rechtsgeschäfte (§. 49 ff.) zu verweisen.

1. Verträge.

a. Form[a]).

§. 250.

Zur Existenz eines Vertrags gehört die Uebereinstimmung der Willen beider Subjecte (Paciscenten, Contrahenten), und die Erklärung derselben, welche von beiden Seiten (Versprechen—Acceptation) erfolgen muß. Für diese Erklärung kommt im römischen Recht eine doppelte Art von gesetzlichen Formen vor: 1) Formen, welche die Gültigkeit des Vertrags bedingen[b]), diese sind auch auf das heutige Recht übergegangen, und in diesem noch sehr vermehrt

a) Gai. III. 88.

b) §. 2 I. de oblig. (3, 13).

c) Gai. L. 1 pr. D. de O. et A. (44, 7).

d) Eine sehr tumultuarische Classification giebt Modestin, L. 52 eod.

a) Inst. III. 14: quibus modis re contrahitur obligatio. 15: de verborum obligationibus. 21: de literarum obligationibus. 22: de obligationibus ex consensu. Dig. II. 14. Cod. II. 3: de pactis. Dig. XLV. 1: de verborum obligationibus. Cod. VIII. 38: de contrahenda et committenda stipulatione. Dig. XIX. 5 (Cod. IV. 64): de praescriptis verbis et in factum actionibus. Vgl. Roßhirt, von dem Vertragssystem bey den Römern und des jetzigen gemeinen D. Rechts, Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht III. S. 153 ff. (1839). Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen 1840. v. d. Pfordten, über die Klagbarkeit der Verträge nach röm. u. heut. R. Civil. Abhandl. 1840. Abh. 3.

b) S. z. B. §. 69.

worden; 2) Formen, die zur Klagbarkeit des Vertrags nothwendig sind. Das R. R. geht nämlich von dem Grundsatz aus, daß eine bloße Uebereinkunft, pactum, die auf irgend eine Art erklärte Uebereinstimmung der Willen, nicht hinreichen soll, eine klagbare Obligatio hervorzubringen[c]), es muß noch eine besondere causa obligationis hinzukommen, wodurch die Uebereinkunft zum contractus wird. Diese causae civilium obligationum sind folgende: a) Res, der Umstand, daß etwas von Einem an den Andern gekommen ist, wobey er sich entweder durch eine Uebereinkunft zu einer Leistung dagegen verpflichtet hat, oder ohne Uebereinkunft andere Umstände bewirken, daß er es nicht behalten darf, sondern zurückgeben muß (§. 307); die Fälle der ersten Art, bey denen der materielle Grund der Verpflichtung eine Uebereinkunft ist, nennt man Realcontracte, die entweder mit einer eigenthümlichen Klage versehen sind, benannte Realcontracte: mutuum, commodatum, depositum, pignus, oder mit der actio praescriptis verbis geltend gemacht werden, unbenannte Realcontracte: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des[d]). b) Verba, gesprochene Worte, in welche die Verpflichtung eingekleidet wird, namentlich durch Frage des Gläubigers, Antwort des Schuldners, Stipulation, wodurch jede Uebereinkunft auf eine einseitige Obligatio zum Contract gemacht werden konnte. c) Literae, geschriebene Worte in gewisser Form. d) Consensus, die bloße Uebereinkunft, die in gewissen Fällen (emtio et venditio, locatio et conductio, wohin die römischen Juristen auch den emphyteutischen Contract stellen, societas, mandatum) hinreichen kann, eine Obligatio zu contrahiren, s. g. Consensualcontracte. Diese ganze Beschränkung der Klagbarkeit ist in dem heutigen Recht weggefallen, eine gewöhnliche Uebereinkunft bringt (wenn sie nur gültig ist) in allen Fällen eine klagbare Obligatio hervor, so gut als in den wenigen Fällen der römischen Consensualcontracte und der ausnahmsweise durch Civil- oder prätorisches Recht klagbar gemachten Pacta. Damit ist alles, was wesentlich mit jener Beschränkung zusammenhängt, namentlich auch die Theorie der s. g.

c) L. 7 §. 4 D. de pact. (2, 14), L. 15 D. de praescr. verb. (19, 5).

d) L. 5. 15. 22 eod., L. 3 §. 4 D. de cond. causa data (12, 4). (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proz. Neue Folge V. 2. Num. 10 [1848], Brinz, krit. Blätter Num. 1. 1852 S. 20—34. R.)

unbenannten Contracte und das dabey stattfindende Jus Pönitendi (§. 308 Note c) antiquirt. Dieses heutige Recht erklärt sich daraus, daß die wörtliche Anwendung der römischen Contractsformen, namentlich der Stipulationen, unthunlich war, und man entweder nicht das Geschick oder die Macht, oder nicht die Einsicht des Bedürfnisses hatte, eine zeitgemäße Form an ihre Stelle zu setzen[e]).

b. Perfection.

§. 251.

Ein Vertrag ist perfect, wenn über alle wesentliche Punkte der Wille der Contrahenten in bindender Absicht in der gehörigen Form erklärt ist[a]). Was zur Perfection eines jeden einzelnen Vertrags gehört, hängt somit von der wesentlichen Natur desselben ab. In Beziehung auf die Perfection hat auch noch nach heutigem Recht der Begriff des Realcontracts Bedeutung, nämlich bey den vier benannten Realcontracten, die auch heutzutage noch in dieser Weise vorkommen, sie werden erst durch Leistung von Seiten dessen, der Gläubiger werden soll, perfect, eine Leistung die nicht zur Klagbarkeit, aber dazu erforderlich ist, damit der Vertrag existire, auf den die römische Theorie des mutuum, commodatum, depositum, pignus anwendbar sey[b]).

---

e) Es giebt auch nach heutigem Recht Formen, die dem Gläubiger bey der gerichtlichen Geltendmachung eine vortheilhaftere Stellung geben, z. B. Urkunden, die den Executivproceß begründen, dieß ist aber etwas von jenem römischen Institut wesentlich verschiedenes.

a) Beruht die Form auch bloß auf dem Willen der Parteien, z. B. schriftliche Abschließung eines Kaufs oder andern Vertrags, für den diese Form nicht vorgeschrieben ist, so soll der Vertrag nach Justinian's Vorschrift nicht eher perfect seyn, noch irgend eine Verbindlichkeit (auch nicht zur Abschließung) daraus entstehen, bis die Form hinzugekommen ist, d. h. dieß soll als die Intention der Parteien vermuthet werden, L. 17 C. de fide instrum. (4, 21) pr. I. de emt. (3, 24).

b) Es sind zwey Irrthümer zu vermeiden: 1) Behandlung der Realcontracte als Consensualcontracte, s. z. B. Heise, System des gem. Civilrechts S. 92; 2) Behandlung von Consensualcontracten als Realcontracte, wie es z. B. nicht selten bey der exc. non impleti contr. geschehen ist (§. 232 Note e), ferner in dem Bestreben einer fortdauernden Anwendung der römischen Theorie von den Innominatcontracten (§. 250. 308 Note c). (Die im Text aufgestellte Beschränkung auf die vier benannten Realcontracte erklärt Brinz, krit. Blätter 1852 Num. 1 S. 26—34 mit Recht für eine Inconsequenz; denn auch damit ein (ungenannter) Vertrag existire, auf den die Theorie von

Die den Abschluß des Vertrags vorbereitenden Verhandlungen sind an sich unverbindlich. Dieß gilt 1) von den Propositionen, einseitigen Aufforderungen zur Vertragsschließung. Selbst in ein förmliches Versprechen eingekleidet ist die Proposition bis zur Acceptation ohne Wirkung und widerruflich, ja auch ohne Zurücknahme ist sie wirkungslos, wenn die Acceptation nicht erfolgt[c]. Versprechen an Entfernte können zurückgenommen werden, ehe der Adressat sie erhält und acceptirt, seine Acceptation nach erklärtem, wenn gleich ihm noch nicht bekannten Widerruf ist ohne Bedeutung[d]). 2) Eben so unverbindlich sind die beiderseitigen vorbereitenden Verhandlungen, Tractate, wofern ihre Resultate nicht durch besondere Verträge, pacta praeparatoria, festgestellt worden sind; solche vorbereitende Verträge sind auch die, wodurch gleich der erste Punkt, daß ein Vertrag abgeschlossen werden soll, festgestellt wird, pacta de contrahendo[e]). Punctationen heißen einstweilige schriftliche Abfassungen von in den wesentlichen Punkten ihres Inhalts zu Stande gekommenen Verträgen, zu denen aber noch eine besondere Form hinzukommen soll. Soll die Form nur des Beweises wegen hinzukommen, so sind sie perfecte Verträge, und dieß ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Form bloß auf dem Willen der Parteien beruht[f]), ist dagegen die Schließung in

der Voraussetzung §. 63 anwendbar sey, ist eine Leistung erforderlich: die Verpflichtung zur Rückgabe oder Gegenleistung ist freilich auch hier ohne Hingabe denkbar. R.)

c) Ob Acceptation nach einer Zwischenzeit möglich ist? Vgl. L. 1 §. 1 D. de V. O. (45, 1). (Besteht die Proposition in einer Aufforderung zu einem bestimmten Handeln (Bestellung), so liegt in diesem der Abschluß, L. 15 D. mandati (17, 1), v. Scheurl, Beitr. 1852 Num. XII S. 311. R).

d) Vgl. L. 4 pr. D. de manum. vind. (40, 2). Die entgegengesetzte Meinung (von Wening, Archiv für civ. Pr. II. 25) führt zu absurden Consequenzen. Auf der andern Seite geht Hasse, Rhein. Mus. II S. 371 ff. zu weit, wenn er die Perfection eines gegenseitigen Vertrags bis zu dem Zeitpunkt hinausschiebt, wo der erste Promittent die Annahme seiner Offerte erfahren hat.

e) L. 68 D. de V. O. (45, 1).

f) L. 4 D. de fide instrum (22, 4). Damit steht Note a nicht in Widerspruch, dort haben die Parteien erst einen Schritt gemacht (mündliche Verhandlung), hier dagegen zwey (mündliche Verhandlung und schriftliche Conception), unter diesen Umständen wird die Intention bloßer Tractate unwahrscheinlich.

jener solennen Form gesetzlich vorgeschrieben, so sind die Punctationen bloße Tractate. Eine dazwischen liegende Möglichkeit ist noch, sie als pacta de contrahendo zu betrachten, diese Möglichkeit setzt voraus, daß die vorgeschriebene Form nicht die Absicht hat, alles vorhergehende Binden auszuschließen[g]).

§. 252.

Einen besonderen Fall der Perfectionsfrage bilden die Vertragspropositionen an unbestimmte Personen, nämlich an die, welche die dem Proponenten vortheilhaftesten Bedingungen stellen würden, an die Meistbietenden oder die Wenigstnehmenden. Diese Einleitung des Vertrags heißt Versteigerung, bey Verkäufen Subhastation oder Auction (je nachdem die Sache eine unbewegliche oder bewegliche ist)[h]). Die Meinungen über ihre rechtliche Bedeutung, namentlich den Zeitpunkt der Perfection des dadurch eingeleiteten Vertrags, sind verschieden. Das Richtige ist, jedes Gebot als wirkliche Abschließung des Vertrags zu betrachten, aber mit der zu Gunsten beider Contrahenten beigefügten Bedingung, wenn sich nicht innerhalb der gesetzten (bestimmten[i]) oder durch Arbitrium z. B. des Auctionators zu bestimmenden) Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde.

c. Bestärkung.

α. Eid.

§. 253.

Die eidliche Bestärkung eines Versprechens (promissorischer Eid) giebt nach römischem Recht dem Vertrag an sich nicht mehr rechtliche Kraft, als er ohne den Eid haben würde, doch schließt sie die Restitution der Minderjährigen aus, sofern die Begründung derselben durch die gebotene Achtung vor dem Eid überwo-

g) Vgl. Eichhorn, D. Privatr. §. 95. Thöl, Handelsrecht. §. 62.

h) Diese Form ist im R. R. vorgeschrieben 1) bey dem Verkauf des pignus in causa iudicati captum, L. 2. 3 C. de exsec. rei iud. (7, 53), L. 2 C. si in causa iud. (3, 23); 2) beim Verkauf der Güter seiner Schuldner durch den Fiscus, L. 1. 2 C. de fide et iure hastae fiscalis et de adiectionibus (10, 3); 3) der Güter einer Kirche oder milden Stiftung, Nov. 120 c. 6 §. 2; 4) bey Verpachtungen der Güter von Communen, L. 3 C. de locat. praed. civil. (11, 70).

i) L. 4 C. de fide et i. hast. fisc. (10, 3), L. 1 C. de vend. reb. civit. (11 31).

gen wird[a]). Ein in das Corpus Juris recipirtes Gesetz Friedrich I. entschied, daß überhaupt durch einen gültigen Eid bestärkte Geschäfte von dem Schwörenden nicht sollten angefochten werden können[b]). Das canonische Recht hat das Princip der rechtlichen Unverbrüchlichkeit des Eides, so lange er nicht von dem geistlichen Richter erlassen ist, aufgestellt, so daß nicht bloß die Anfechtung des Geschäfts, sondern selbst seine Nullität durch den Eid außer Wirkung gesetzt wird[c]), aber es hat die Anwendung dieses Princips auf die einzelnen Fälle dem geistlichen Richter vorbehalten; in einigen Fällen ist diese Anwendung durch die Gesetzgebung entschieden, und in diesen wird daher auch nach heutigem Recht ein nichtiges Geschäft durch den Eid gültig[d]), in allen andern hat das Princip des canonischen Rechts durch den Wegfall der geistlichen Gerichtsbarkeit in Eidessachen, also des Subjects, das allein über seine Anwendung im Sinn des canonischen Rechts urtheilen könnte, die Anwendbarkeit verloren[e]).

β. Arrha.

§. 254.

Arrha (Handgeld, Daraufgabe) ist, was als Zeichen eines Vertrags gegeben wird. Sie kann sich auf einen künftigen Vertrag beziehen, und hat hier die Natur einer Conventionalstrafe, die der des Abschlusses sich Weigernde verliert, auch wenn dieß nicht durch eine besondere Verabredung (arrhale pactum) ausdrücklich festge-

a) L. 1 C. si adv. vend. (2, 28): Si minor annis vigintiquinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti (Alex.).

b) Auth. Sacramenta pub. C. eod.: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus. Ueber die Veranlassung des Gesetzes s. Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. IV S. 162—170.

c) c. 8. 15. 28 X. de iureiur. (2, 24).

d) Eidliche Einwilligung der Frau in die Veräußerung der Dotalgrundstücke, c. 28 X. eod., c. 2 eod. in VI. (2, 11); eidlicher Erbverzicht der ausgestatteten Tochter, c. 2 de pact. in VI. (1, 18).

e) S. die verschiedenen extremen Ansichten bey Glück, Comment. IV §. 341.

setzt ist[a]). Ist sie beim Abschluß des Vertrags gegeben, und dieß ist zu vermuthen, so hat sie eben die Bedeutung einer die Perfection bezeugenden Form[b]), nach Vollziehung des Vertrags ist sie zurückzugewähren[c]); aber sie kann überdieß durch Verabredung die Natur einer Conventionalstrafe für den Nichterfüllenden erhalten, und dieß ist stets anzunehmen, wenn daneben für den Empfänger die lex commissoria (§. 263) verabredet ist[d]). Endlich kann sie mit der Intention eines Reugeldes gegeben seyn (arrha poenitentialis), so daß der einseitige Rücktritt gegen Verlust der Arrha oder ihres Werthes freigestellt wird.

γ. Constitutum[a]).

§. 255.

Eine Obligatio kann dadurch bestärkt werden, daß ihre Erfüllung, sey es schlechthin oder mit einer Modification[b]), nochmals durch einen neuen Vertrag versprochen wird, aus dem die actio de pecunia constituta oder constitutoria entspringt. Diese setzt aber die Existenz einer Obligatio[c]), civilis oder naturalis[d]), eigene des Constituenten (const. debiti proprii) oder fremde (const. deb. alieni), eigene dessen, dem constituirt wird, oder fremde[e]), voraus, die durch das Constitutum nicht aufgehoben wird[f]). Die Erfül-

---

a) L. 17 C. de fide instr. (4, 21), pr. I. de contr. emt. (3, 23), L. 3 C. de A. E. V. (4, 49).

b) L. 35 pr. D. de contr. emt. (18, 1).

c) L. 11 §. 6 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 §. 15 D. de instit. (14, 3). Eben so bey der Wiederaufhebung des Vertrags durch Uebereinkunft, L. 2 C. quando lic. ab emt. disced. (4, 45).

d) L. 6 pr. 8 D. de lege commiss. (18, 3), L. 1 C. de pact. inter emt. (4, 54).

a) Dig. XIII. 5. Cod. IV. 18: de pecunia constituta.

b) L. 1 §. 5 L. 3 in f. 4. 5 pr. 13. 19 §. 1 L. 25 pr. D. h. t.

c) L. 3 §. 1. 2 L. 18 §. 1 L. 19 pr. §. 2 eod. Daher kann das Constitutum nicht eine höhere Summe enthalten, als die bestehende Obligatio, L. 11 §. 1 eod. (Im heutigen Recht jedoch ist auch das Versprechen des Ueberschusses klagbar §. 250, während das constitutum debiti proprii keinen neuen Klagegrund mehr bildet: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. IX. [1851] 4. R.)

d) L. 1 §. 6—8 eod.

e) L. 5 §. 2 eod.

f) L. 28 eod.

lung des Constitutum aber tilgt auch die frühere Obligatio [g]). Eine Zahlungsfrist wird, wenn sie nicht festgesetzt ist, als ein stillschweigender Bestandtheil des Constitutum, auf nicht weniger als zehn Tage, angenommen [h]).

b. Inhalt.

§. 256.

Der Inhalt der Verträge, von denen hier die Rede ist, besteht in der Hervorbringung einer Obligatio. Er muß daher den allgemeinen Erfordernissen einer solchen entsprechen. Daher entsteht durch einen Vertrag, wodurch sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt, keine Forderung für jenen, also überhaupt keine Forderung, wenn er nicht als bloßes Werkzeug des Dritten den Vertrag geschlossen und diesem die Forderung erworben hat (§. 273 ff.) [a]). Der Grund ist nur der Mangel eines Interesse, ohne welches eine Forderung nicht möglich ist (§. 220); wo daher ein Interesse bey der Leistung an den Dritten durch die Umstände herbeigeführt wird, entsteht auch eine Forderung aus jenem Vertrag [b]). Ein anderer Fall ist das Versprechen einer Leistung an den Acceptanten unter der Bedingung, daß die Leistung an den Dritten nicht geschehen würde (Note a).

Ein allgemeines Erforderniß des Inhalts eines Rechtsgeschäfts ist Möglichkeit der Disposition (§. 51). Eine Anwendung auf obligatorische Verträge ist die Ungültigkeit des Versprechens einer fremden Handlung, nemo alienum factum promittendo

g) L. 18 §. 2. 3 eod.

h) L. 3 in f. 21 §. 1 eod.

a) L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur. inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quo sua interest, ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei cuius nihil interest. poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. Ueber den Vertrag: mihi et Titio s. L. 110 pr. eod.

b) L. 38 §. 20 23 eod. Dahin gehört auch, wenn der Dritte nur solutionis causa adiectus ist, §. 287. (Affectionsinteresse §. 220 1; Interesse des Dritten §. 323 e. Vgl. Heyer, Abhandl. [1841] 1. Zeitschr. für Civilr. [1846]. N. F. III. 1, s. o. §. 220 l. R.)

obligatur[c]). Ein anderes ist das Versprechen, eine fremde Handlung bewirken[d]), für ihre Vornahme haften[e]), im Fall ihres Ausbleibens selbst etwas leisten zu wollen[f]).

§. 257.

Zur Entstehung einer Obligatio durch Vertrag ist die formelle Rechtsbeständigkeit des Versprechens und der Acceptation keineswegs hinreichend, es muß auch ein materieller Grund für die Obligirung (causa in diesem materiellen Sinn) vorhanden seyn, ein Erforderniß, welches besonders zur Sprache kommt, wenn nicht die Constituirung einer der in unserem Recht gegebenen, materiell ausgebildeten Obligationen, sondern die Verpflichtung zu einer einfachen Leistung ohne nähere materielle Beziehungen der Zweck des Vertrags ist. Ohne eine solche materielle causa debendi, die entweder Schenkung oder Vergeltung oder Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit seyn kann, ist der Vertrag unwirksam[g]), daher denn auch eine Schuldverschreibung, in wel-

c) L. 38 pr. §. 1 L. 83 pr. eod., L. 65 D. de fidei. (46, 1): Sicut reus principalis non alias quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant. Nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur. §. 3. 21 I. de inut. stip. (3, 19). Ueber den Vertrag me et Titium Nov. 115 c. 6.

d) §. 3 I. de inut. stip. (3, 19), L. 83 pr. D. de V. O. (45, 1). Streitfrage: ob dieß heutzutage nicht immer stillschweigend zu verstehen sey? vgl. Glück, Comment. IV S. 206 ff.

e) L. 81 pr. eod.: Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit poenam, puta vel servum suum, vel hominem liberum, quaeritur an committatur stipulatio? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, poenam dari, in id quanti interest sisti contineri. Et verum est quod Celsus ait, nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet. L. 18. 19 D. ratam rem (46, 8), L. 5 D. de duob. reis (45, 2).

f) §. 21 I. de inut. stip. (3, 19), L. 38 §. 2 D. de V. O. (45, 1).

g) L. 7 D. de novat. (46, 2), L. 2 §. 3 D. de doli m. exc. (44, 4): — Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. L. 15 pr. D. de fidei. (46, 1), L. 1 pr. 3 D. de cond. sine causa (12, 7), v. Meyerfeldt, die Lehre von den Schenkungen §. 5. 12. Liebe, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XV S. 207. (Diese Unwirksamkeit ist aber keine Nichtigkeit, sondern besteht bloß in einer Gegenwirkung, wovon auch L. 6 C. si cert. pet. [4, 2], L. 6 D. ad S. C. Mac. [14, 6] nicht das Gegentheil sagt. Es ist durchaus nicht

cher die causa debendi nicht ausgedrückt ist (s. g. cautio indiscreta) zum Beweis der Schuld nicht hinreicht[h]).

§. 258.

Der Inhalt eines Vertrags kann einen besondern Charakter dadurch annehmen, daß dadurch Gewinn oder Verlust je nach der Gestaltung eines ungewissen Umstandes nicht bloß eintreten kann, sondern beabsichtigt wird. Dieser eigenthümliche Inhalt eines Vertrags heißt alea, ein Ausdruck, der indessen vorzugsweise für die zweite der nachher unterschiedenen Classen von Geschäften gebraucht wird. Wir nennen diese Geschäfte gewagte, und Verträge verschiedenster Art können diesen Charakter erhalten[i]). Zwey Gattungen von gewagten Geschäften sind zu unterscheiden: 1) solche, die nicht principaliter um der Wagniß willen geschlossen werden, sondern für einen nicht lucrativen Zweck, der sich nur unter den gegebenen Umständen nicht anders realisiren läßt. Dahin gehören die Verträge über ungewisse Sachen, sey ihre Existenz (s. g. pactum spei) oder bloß ihre Quantität (s. g. pactum rei speratae) das Ge-

---

abzusehen, weshalb der nackte Wille, Schuldner zu werden, nach Beseitigung der Stipulation zur Begründung einer Obligatio nicht genügen sollte, da er für jede andere Vermögenszuwendung genügt. Vgl. auch Windscheid, Voraussetzung 1850 S. 198. R.)

h) L. 25 §. 4 D. de probat. (22, 3). (Dieser Satz steht mit dem Recht der non numerata pecunia in Verbindung: die Praxis hatte die Beweislast des Darlehensgläubigers auf alle Schuldurkunden ausgedehnt, L. 13 C. de non num. pec. [4, 30], Justin hob dieß auf, wenn die causa angeführt ist, das argumentum a contrario dieser Bestimmung enthält unsere Stelle. Der Beweis des Gläubigers braucht übrigens nicht nothwendig auf eine Verpflichtung des Ausstellers gerichtet zu seyn, er kann auch auf Schenkung oder Gegenleistung geben. R.)

i) Darum eben, weil diese Eigenschaft nur Modification eines Vertrags: Kaufs, Darlehens, Stipulation ꝛc. ist, gehört diese Lehre hieher oder auch zu den einzelnen Verträgen, die mit dieser Modification vorkommen, nicht unter eine besondere Rubrik der einzelnen Obligationen. Pfordten (civ. Abhandl. S. 327 ff.) giebt dieß nicht zu in Beziehung auf die eigentlichen Glücksverträge nämlich Spiele und Wetten, weil diese nicht bloß Modificationen anderer Verträge seyen, aber, wie ich glaube, mit Unrecht, denn auch die emtio spei kann ein s. g. eigentlicher Glücksvertrag seyn, wenn z. B. eine bevorstehende Ausbeute aus reiner Lust zu Wagniß oder Glücksgewinn gekauft oder verkauft wird. Ich halte es daher auch für unrichtig, Ausspielgeschäfte zu einer anderen Species von Verträgen zu machen.

wagte[k]), unter jener Voraussetzung[l]), ferner die Versicherungsverträge[m]), auch Ausspielgeschäfte können hieher zu ziehen seyn. 2) Verträge, bey denen das Wagniß von Gewinn und Verlust der einzige materielle Zweck ist, Wetten und Spiele[n]). Aus einem solchen Vertrag findet keine Klage gegen den Verlierenden Statt[o]), ausgenommen wenn die Landesgesetze ein Spiel (nicht bloß für straflos, sondern) für ein Rechtsgeschäft erklärt haben[p]). Auch das schon Gezahlte kann, wenn es in einem nicht erlaubten Spiel verloren worden ist, innerhalb funfzig Jahren zurückgefordert werden[q]).

2. Pollicitationen[a]).

§. 259.

Nur ausnahmsweise hat ein bloßes Versprechen ohne Acceptation die Wirkung einer Obligatio. Die einzelnen Fälle sind: 1) Versprechen zu Gunsten einer respublica[b]), welches von einem Gegenwärtigen geschehen[c]), und (auch mit dem animus donandi)

---

k) L. 8 pr. §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7. 11 D. de hered. v. act. vend. (18, 4), L. 11 in f. 12 D. de A. E. V. (19, 1).

l) Z. B. es verkauft jemand die künftige Ernte, weil er jetzt Geld bedarf, oder es wird bey einer Auseinandersetzung eine ungewisse Forderung zum Hoffnungswerth übernommen. Vgl. Note i.)

m) Vgl. §. 304.

n) Dig. XI. 5. Cod. III. 43: de aleatoribus (et alearum lusu). (Thöl, Verkehr mit Staatspapieren 1835. S. 237 f. 260 f. Pfordten, Abhandl. S. 317 f. Wilda, Zeitschr. für deutsches Recht II S. 133 f. VIII. 8 [1843]. Schwarze und Heyne, Untersuch. practisch wichtiger Materien 1841 S. 84 f. v. Vangerow, Leitfaden III. 496 f. [1847]. R.) Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten. Dieser Unterschied zwischen Wetten und Spielen kann eine Verschiedenheit der polizeilichen, aber nicht der civilrechtlichen Behandlung begründen, immer vorausgesetzt, daß die Wette nicht bloß die Form eines der in die erste Classe gehörigen Geschäfte ist.

o) L. 17 §. 5 D. de praescr. verb. (19, 5) spricht nur von einer Klage gegen den Dritten, bey dem die Einsätze deponirt worden sind.

p) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Glück, Comm. XI §. 759. Mühlenbruch, Lehrb. §. 424. 425. Eichhorn, D. Privatr. §. 110. Wilda, Zeitschr. für Deutsches R. II S. 142 ff. Mittermaier, D. Privatr. 297. 298.

q) L. 1. 3 C. de aleat. (8, 43).

a) Dig. L. 12: de pollicitationibus. Vgl. L. 19 §. 2 D. de aed. ed (21, 1).

b) L. 1 pr. 3 §. 1 D. h. t.

c) L. 5 eod. Bestritten von Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. I. 19.

auf einem Grund beruhen muß, der ein hinlängliches Motiv für dasselbe bildet, so aber, daß der Mangel dieses Grundes durch den Anfang der Ausführung dessen, was nach dem Versprechen geschehen soll, ersetzt wird[d]). Ist die Pollicitation schenkungsweise geschehen, so kann sich der Pollicitant mit dem fünften Theil seines Vermögens, ebenso seine Erben mit dem fünften Theil der Erbschaft, seine Kinder schon mit dem zehnten loskaufen[e]). 2) Versprechen zum Besten der Kirche, überhaupt zu einem frommen Zweck, votum[f]). 3) Versprechen, wodurch eine Dos bestellt wird (§. 415). 4) Auslobung, d. h. Versprechen an eine noch ungewisse Person für eine Leistung, die von ihrer Seite geschehen würde[g]). Die Obligatio entsteht natürlich erst, wenn auch ein Gläubiger existirt, dieß geschieht durch die Leistung, aber auch, ihre nachherige Vollendung vorausgesetzt, schon durch die Vorbereitung derselben mit Rücksicht auf die erfolgte Auslobung. Bis dahin kann das Versprechen widerrufen werden.

3. Quasicontracte[a]).

§. 260.

Es giebt Rechtsgeschäfte, welche Obligationen hervorbringen, ohne daß gerade diese rechtliche Wirkung in der Absicht der Handelnden zu liegen braucht, wie z. B. Uebernahme einer Vormundschaft, negotiorum gestio, Erbschaftsantritt. Die Handelnden werden, unter den gehörigen Voraussetzungen, durch das Rechtsgeschäft obligirt, wie wenn dieß ihre Absicht gewesen wäre, also

---

d) L. 19 pr. D. de donat. (39, 5), L. 1 §. 1—5 L. 3 pr. 4. 7 D. h. t. (50, 12). Vgl. §. 68 Note c.

e) L. 6 pr. 9. 14 eod.

f) L. 2 eod. Die nähere Ausbildung dieses Instituts fällt in das canonische Recht.

g) Vgl. v. Bülow, Abhandl. über einz. Mat. des bürg. R. (1847) I. 11. Andere halten es bloß für Einleitung zu einem Vertrag, nach L. 15 D. de praescr. verb. (19, 5), die aber von dem Vertrag mit einer von Anfang an bestimmten Person handelt. (Savigny, Obl. Recht II §. 61 ff. Der wichtigste Fall einer Obligatio mit unbestimmten Personen ist die Ausstellung von Schuldscheinen auf den Inhaber [au porteur], die aber nur in gewissen durch die Exigenzen des Handelsverkehrs gezogenen Gränzen gestattet ist. Vgl. §. 280 b. R.)

a) Inst. III. 27: de obligationibus quasi ex contractu.

wie wenn das Rechtsgeschäft ein contractus wäre, sie werden quasi ex contractu obligirt, und ihre Obligationen werden den Contractsobligationen analog behandelt.

4. Unerlaubte Handlungen[a]).

§. 261.

Durch unerlaubte Handlungen können eigene Obligationen zwischen den Thätern und den Verletzten entstehen, es können aber auch bestehende obligatorische Verhältnisse dadurch modificirt werden (§. 264). Die ersten gehören hieher, sie heißen Delicte. Analoge Obligationen (quasi ex delicto) entstehen in einigen Fällen ohne Delict oder wenigstens ohne ein Delict des Verpflichteten. Die objective Voraussetzung eines Delicts ist eine Rechtsverletzung, die dadurch geschehen ist, daher kann die Ausübung eines Rechts (wenn nur die Handlung wirklich sich in diesen Gränzen hält) kein Delict seyn[b]), die subjective die Verschuldung dieses rechtswidrigen Erfolgs (culpa im weiteren Sinn). Die Verschuldung aber schließt theils eine Handlung in sich, die den Erfolg verursacht hat[c]), theils das Verhältniß der Zurechnung zwischen dem Handelnden und dem Erfolg. Dieses Verhältniß kann bey allen Delicten darin bestehen, daß die Absicht des Handelnden auf den rechtswidrigen Erfolg ging, dolus, und viele Delicte lassen sich ohne Dolus gar nicht denken; bey manchen aber ist auch schon das Verhältniß der Fahrläßigkeit, culpa im engeren Sinn, hinreichend, um die obligatio ex delicto zu begründen, und zwar dann in der Regel auch die geringste, für die überall ein Mensch vernünftiger Weise verantwortlich gemacht werden kann[d]).

---

a) Inst. IV. 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur. IV. 5: de obl. quae quasi ex del. nasc. Dig. XLVII. 1: de privatis delictis.

b) L. 151 D. de R. I. (50, 17): Nemo damnum facit nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. L. 55 eod.: Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. L. 155 §. 1 eod. Anwendung auf Nothwehr und Selbstvertheidigung: L. 4. 5 pr. 29 §. 1. 3 L. 45 §. 4 L. 49 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 1 §. 27. 28 L. 3 §. 9 D. de vi (43, 16).

c) Regelmäßig eine positive Handlung, culpa in faciendo; ein Unterlassungsdelict setzt die Verpflichtung zu einer Thätigkeit ohne Obligatio voraus, die Unterlassung einer Thätigkeit, zu der jemand durch eine Obligatio verpflichtet war, ist eine Verletzung dieser Obligatio (§. 264), kein Delict.

d) L. 44 pr. D. ad L. Aquil. (9, 2): In lege Aquilia et levissima

Aus den Delicten entsteht 1) eine Obligatio auf Schadensersatz (§. 225), dieß ist der Fall bey allen Delicten, welche eine Vermögensbeschädigung enthalten; 2) eine Obligatio auf eine Strafe, die dem Verletzten von dem Thäter zu leisten ist (§. 230), und durch welche das Delict zu einem delictum privatum wird. Der Schadensersatz, wie viele Klagen deshalb auch zustehen mögen, kann stets nur einmal erlangt werden (§. 87 vgl. §. 233); mehrere Strafen aus mehreren Delicten (von derselben oder mehreren Personen) an demselben Gegenstand schließen einander nicht aus (§. 87)[e]), eben so wenn eine Privatstrafe und eine öffentliche concurriren, vorausgesetzt nur, daß es verschiedene Delicte sind, auf welche die actio und accusatio sich gründen, obwohl sie durch dieselbe Handlung begangen worden sind[f]), denn wenn es dasselbe Delict ist, welches auf dem Civilwege und auf dem

---

culpa venit. L. 31 eod: Si putator ex arbore cum ramum deiiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi; culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum quem viderit transeuntem, nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

e) Auch in dem Fall, wenn dieselbe Handlung unter den Begriff mehrerer Delicte fällt, nach der Ansicht Papinian's und Ulpian's, L. 11 §. 2 D. de servo corr. (11, 3), L. 60 D. de O. et A. (44, 7), L. 2 §. 10 D. vi bon. rapt. (47, 8), L. 15 §. 46 D. iniur. (47, 10), L. 6 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5), die im justinianischen Recht recipirt ist, L. 32 D. de O. et A., L. 20 C. de furt. (6, 2); entgegengesetzter Meinung waren Paulus und Modestinus, L. 34 pr. 53 pr. D. de O. et A. Savigny System V §. 234. (Dagegen Vangerow, Leitfaden III §. 572 [1847], welcher die Meinung des Paulus für die von Justinian gebilligte hält. R.) In Beziehung auf die Concurrenz von actio furti und vi bonorum raptorum hat die zweite Ansicht noch einen besonderen Grund in der Intention, mit welcher die letztere Klage eingeführt worden ist, für sich, L. 88 D. de furt. (47, 2).

f) L. un. C. quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri possit (9, 31), L. 23 §. 9 D. ad L. Aquil (9, 2). Dahin gehört auch L. 9 §. 5 D. de publican. (39, 4).

criminellen verfolgt werden kann, schließt eine Strafe die andere aus[g]).

5. Entstehung der Obligationen durch Zustände.

§. 262.

Die Fälle, wo eine Obligatio durch einen Zustand, in dem sich der Verpflichtete befindet, ohne eine Handlung, welche der Grund der Verpflichtung wäre, entsteht, z. B. durch Miteigenthum, Miterbrecht, Besitz, Bereicherung, Verwandtschaft, haben eine besondere Bedeutung dadurch, daß durch diese Gründe auch Handlungsunfähige verpflichtet werden können[a]).

B. Modification bestehender Obligationen.

1. Durch Verabredung.

§. 263.

Obligationen können während ihres Bestehens, also ohne daß sie aufgehoben werden, Veränderungen erleiden, so daß die Forderung noch auf etwas anderes geht, als worauf sie ihrer ursprünglichen Intention nach gerichtet war. Der Grund dieser Modification kann vor allem in dem Willen der Subjecte selbst liegen, der unter gewissen Voraussetzungen einen Zusatz zu dem ursprünglichen Inhalt beliebt hat. Diese Verabredungen, wodurch nicht eine besondere, nur in Beziehung auf eine schon bestehende gestellte Obligatio constituirt, sondern der Inhalt einer bestehenden erweitert wird, heißen pacta adiecta. Einer näheren Auseinandersetzung bedürfen folgende, die ein Recht auf Wiederaufhebung des Hauptvertrags begründen sollen:

1) Das s. g. pactum displicentiae, wodurch einem Contrahenten die willkürliche Aufhebung des Geschäfts gestattet wird[a]). Ist nichts anderes festgesetzt, so ist die Ausübung auf die Zeit von sechzig Tagen (dies utiles) beschränkt[b]).

---

g) L. 3 D. de priv. del. (47, 1), L. 56 §. 1 L. ult. D. de furt. (47, 2), L. 2 §. 1 D. vi bon. rapt. (47, 8), L. 6. 7 §. 1 D. iniur. (47, 10).

a) L. 46 D. de O. et A. (44, 7).

a) L. 3 D. de contr. emt. (18, 1), L. 6 D. de resc. vend. (18, 6), L. 2 §. 5 D. pro emt. (41, 4).

b) L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1).

2) In diem addictio[c]), die Verabredung, wodurch ein Contrahent, oder auch beide[d]), berechtigt wird, in dem Fall, daß sich innerhalb einer gewissen Zeit ein besserer Contrahent finden würde, diesen zuzulassen (adiectionem admittere) und sonach den Vertrag mit dem früheren aufzuheben, wofern dieser nicht durch Uebernahme derselben Bedingungen sich in dem Vertrag erhalten will[e]). Die Ausübung des Rechts hat die Wirkung einer Bedingung, und zwar ist die Verabredung im Zweifel als Resolutivbedingung zu behandeln[f]). Der Eintritt der Bedingung fordert die Existenz eines neuen Contrahenten mit vortheilhafteren Anträgen[g]) und die Annahme desselben durch den Berechtigten, also bey mehreren Theilnehmern an dem Vertrag durch alle[h]).

3) Lex commissoria[i]), die Verabredung, daß der Contrahent, zu dessen Gunsten sie getroffen wird, wenn der andere seine Verbindlichkeiten aus dem Geschäft nicht rechtzeitig erfülle, berechtigt seyn solle, das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln[k]). Ist der Fall eingetreten, wozu eine Mahnung nicht nöthig ist[l]), und der Berechtigte wählt die Ausübung der ihm gegebenen Befugniß, was von ihm abhängt (nur daß er durch nachherige Annahme der Leistung auf dieses Recht verzichtet)[m]), so verliert der Säumige seine Ansprüche aus dem Geschäft, und muß restituiren, was er erhalten, ohne das zurückzubekommen, was er schon gegeben hat[n]). Verliert er dadurch einen Theil seiner Leistung, den er schon gegeben hatte, so kann er bey der Restitution des Empfangenen die gezogenen Früchte zurückbehalten[o]).

c) Dig. XVIII. 2: de in diem addictione.

d) L. 9 eod.

e) L. 1. 7. 8 eod.

f) L. 2—4 §. 5 L. 6 eod. (Ueber L. 6 §. 1 s. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. V. 2 Num. 8 [1848]. R.) L. 2 §. 4 D. pro emt. (41, 4).

g) L. 4 §. 6 L. 5 D. de in diem add. (18, 2). Wiederholung der Bedingung bey dem neuen Contract, L. 11 pr. eod.

h) L. 11 §. 1 L. 12. 13 eod.

i) Dig. XVIII. 3: de lege commissoria.

k) L. 1. 4 pr. eod.

l) L. 4 §. 4 eod.

m) L. 2. 3. 6 §. 2 L. 7 eod.

n) L. 4 pr. 6 pr. §. 1 eod.

o) L. 4 §. 1 eod.: Sed quod ait Neratius, habet rationem: ut inter-

2. Durch Verletzung.

a. Dolus und Culpa[a]).

§. 264.

Eine unerlaubte Handlung, positive oder Unterlassung, kann sich als Verletzung einer Verbindlichkeit, die dem Handelnden vermöge einer besonderen Obligatio obliegt, darstellen; ihre Folgen werden hier mit der Klage aus dieser Obligatio geltend gemacht, nicht mit einer eigenen Klage, wie es der Fall ist, wenn die Handlung als Delict, mithin als Quelle einer selbstständigen Obligatio, erscheint.

Diese Modification bestehender Obligationen durch unerlaubte Handlungen hat eine doppelte Voraussetzung 1) die objective, daß eine aus dieser Obligatio entspringende Verbindlichkeit verletzt ist, durch Thätigkeit oder Unthätigkeit (culpa in faciendo und in non faciendo); nach der Beschaffenheit und dem Inhalt der Obligatio wird die Möglichkeit einer solchen Verletzung, und somit die Anwendbarkeit der folgenden Lehre größer oder geringer seyn[b]); 2) die subjective der Zurechnung, also Verletzung durch Dolus oder Culpa.

---

dum fructus emtor lucretur, cum pretium quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit. Vgl. L. 8 eod., L. 1 C. de pact. inter emt. (4, 54). Abweichende Meinungen (s. Glück, Comment. XVI S. 289 ff.): 1) das Geleistete könne zurückgefordert werden, wenn es nicht als Arrha gegeben sey; 2) es könne überall zurückgefordert werden, wenn nicht das Gegentheil besonders verabredet sey; 3) der Leistende habe die Wahl zwischen der Zurückforderung und der Compensation mit den von ihm gezogenen Früchten.

a) H. Donellus Comment. XVI. 6. 7. v. Löhr, die Theorie der Culpa 1806. Beiträge zur Th. der Culpa 1808. Hasse, die Culpa des röm. Rechts 1815, 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg. 1838.

b) Sie verschwindet z. B. ganz bey der einfachen Obligatio auf das Geben einer bestimmten Geldsumme, wie sie aus dem Darlehen entspringt, es fehlt hier an einem Gegenstand, auf den der Schuldner zum Nachtheil des Gläubigers einwirken könnte. Ferner wenn seine Verbindlichkeit sich streng und wörtlich auf das Geben einer individuellen Sache beschränkt, so kann der Mangel sorgfältiger Bewahrung ꝛc. nicht als Pflichtverletzung betrachtet werden, L. 91 pr. D. de V. O. (45, 1): Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si

§. 265.

Vor allem haftet jeder Schuldner für die Verletzung seiner Verbindlichkeiten durch rechtswidrige Absicht, dolus; von dieser Haftung kann er nicht einmal durch Vertrag befreit werden, da dieser gegen die gute Sitte wäre, und sie ist daher von einer allgemeinen Verabredung der Nichthaftung stets ausgenommen; nur schließt dieß natürlich nicht den Erlaß der Ansprüche wegen eines vergangenen Dolus aus[c]). Gleichgestellt aber ist dem Dolus in Beziehung auf die Haftung eine Verletzung durch grobe Fahrläßigkeit oder Unvorsichtigkeit, culpa lata (§. 266)[d]); als solche wird auch eine absichtliche Verletzung qualificirt, wenn die Absicht nicht auf das eigentlich Rechtswidrige an dem Erfolg ging, der Verletzung also ein nicht rechtswidriges Motiv zu Grunde lag[e]).

§. 266.

Die culpa im eigentlichen Sinn, Fahrläßigkeit und Unvorsich-

---

neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. Die umfassendste Anwendung findet die Lehre von der Culpa in Contractsverhältnissen bey den römischen bonae fidei obligationes.

c) L. 23 D. de R. I. (50, 17), L. 27 §. 3. 4 D. de pact. (2, 14), L. 17 pr. D. commod. (13, 6), L. 1 §. 7 D. depos. (16, 3), L. 6 §. ult., L. 11 §. 15 D. de A. E. V. (19, 1). Die gewöhnliche Behauptung, daß für den Erlaß eines vergangenen Dolus specielle Kenntniß seiner Verübung erforderlich sey, besonders wegen L. 14 §. 9 D. de aed. ed. (21, 1): Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit, remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus. nisi sciens venditor morbum consulto reticuit; tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem — ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Vgl. überhaupt z. B. Glück, Comment. VI §. 320.

d) L. 226 D. de V. S. (50, 16): Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. L. 1 §. 1 D. si mensor (11, 6): Haec actio dolum malum duntaxat exigit — Lata culpa plane dolo comparabitur. L. 32 D. depos. (16, 3): Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.

e) L. 7 §. 7 D. de dolo m. (4, 3), L. 7 pr. D. depos. (16, 3), L. 8 §. 10 D. mand. (§. 55 Note a).

tigkeit, besteht in der Vernachläßigung der Behutsamkeit, Sorgfalt, Vorsicht, durch deren Anwendung ein Nachtheil abgewendet worden wäre. Wie verschiedene Grade der Vorsicht und Sorgfalt, so giebt es verschiedene Grade der Culpa; die Größe dieser steht zur Größe jener, deren Nichtanwendung sie ist, im umgekehrten Verhältniß. Ein absolutes Maß für das Verhalten einer Person in obligatorischen Verhältnissen geben 1) die Vorsicht und Behutsamkeit eines gewöhnlichen Menschen ohne besondere Geisteseigenschaften, 2) die Sorgfalt eines Menschen, der die Eigenschaften eines sorgsamen und verständigen Hausvaters besitzt, diligentia schlechthin, diligentia diligentis patrisfamilias, diligentia quam debent homines frugi et diligentes praestare. Eine geringere Vorsicht als die erste ist nicht denkbar, ihre Vernachläßigung ist die gröbste Culpa, die culpa lata, die unmittelbar an den Dolus gränzt (dolo proxima), und diesem gleich behandelt wird (§. 265)[f]. Eben so kann von niemanden vernünftigerweise eine größere Sorgfalt gefordert werden als die zweite, ihre Vernachläßigung ist daher die geringste Culpa, für die jemand verantwortlich gemacht werden kann, die culpa levis (culpa schlechtweg dem Dolus gegenüber), diese levis ist zugleich die levissima (§. 261 Note d), sie gränzt unmittelbar an den Zufall, das Verhältniß der Nichtzurechnung, und wer sie prästirt, prästirt omnem culpam[g]). So

f) L. 213 §. 2 D. de V. S. (50, 16): Lata culpa est nimia negligentia i. e. non intelligere quod omnes intelligunt. L. 29 pr. D. mand. (17, 1) —— videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est —. L. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1): — culpae plane reddere rationem, sed eius quae dolo proxima est —— si cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa non levi et rebus suis consueta negligentia —.

g) L. 11 D. de peric. et comm. (18, 6): Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit, quia (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß N. F. IV. [1848] S. 281. 282 verbessert quia [warum? also = quare] — potest? Arndts, daselbst VIII. [1850] 101 quid? oder quin?, die Motivirung der Entscheidung ist aber auch ohne Emendation verständlich: Ribling, daselbst IX. [1851] No. 11. R.) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. L. 13 §. 1 D. de pign. act (13, 7): Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. L. 14

kann es daher nur zwey Grade der Culpa geben, lata und levis, denn auch zwischen ihnen läßt sich kein Drittes denken. Jeder weitere Unterschied in der Haftung betrifft nicht die Culpa selbst, sondern die Art der Thätigkeit, zu der jemand durch ein obligatorisches Verhältniß verpflichtet ist. Dahin gehört namentlich die custodia, Sicherung der Sache gegen Abhandenkommen, wer custodiam prästirt, prästirt nichts anderes als diligentiam, aber diligentiam in custodiendo[h]).

Eine von der bisher dargestellten Beurtheilung abweichende Behandlung der Zurechnungsfrage tritt da ein, wo ausnahmsweise statt eines absoluten, ein relatives Maß an das Verfahren einer Person gelegt wird, nämlich die Art und Weise, wie sie in ihren eigenen Angelegenheiten zu handeln pflegte, diligentia quam suis rebus adhibere solet[i]). Ihre Vernachläßigung kann sich unter Umständen als culpa lata qualificiren, wo nämlich dadurch der Verdacht einer rechtswidrigen Absicht entsteht[k]), sonst fällt sie als Vernachläßigung einer diligentia unter die Bezeichnung culpa levis (relative culpa levis im Gegensatz zur Unterlassung der absoluten diligentia)[l]).

---

eod.: Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. §. 4 I. quib. mod. re (3, 15), L. 31 D. ad L. Aquil. (§. 261 Note d).

h) L. 10 §. 1 D. commod. (13, 6), L. 52 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 31 pr. D. de A. E. V. (19, 1), L. 12 pr. 14 §. 6. 10. 12 D. de furt. (47, 2), Gai. III. 207. Controverse: ob der, welcher custodiam prästiren muß, für die geschehene Entwendung schlechthin einsteht? Entscheidungen des geschriebenen Rechts: die Frage wird bejaht bey ausdrücklicher Uebernahme der custodia, §. 3 I. de emt. (3, 23), bey dem Depositar werden von der durch ihn besonders übernommenen custodia nur die casus fortuiti ausgenommen, L. 1 §. 35 D. depos. (16, 3), der Pfandgläubiger, der Miethher haftet nicht, wenn die Sache ohne seine Schuld entwendet worden ist, L. 14 §. 6. 12 D. de furt., bey dem Commodatar wird schlechthin vorausgesetzt, daß er für den Diebstahl hafte. L. 14 §. 10. 15 eod., eben so bey dem Socius, der eine Sache mit Aestimation übernommen hat, L. 52 §. 3 D. pro soc.

i) Vgl. Hasse, Culpa Kap. 5—7. Thibaut, Archiv für civ. Praxis IX S. 95—98.

k) L. 32 D. depos. (§. 265 Note d). L. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

l) L. 18 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), §. 267 Note t.

§. 267.

Einer ihm obliegenden Verbindlichkeit kann jemand zuwiderhandeln durch Thätigkeit (culpa in faciendo) und durch Unthätigkeit (culpa in non faciendo). Im ersten Fall muß jeder jede Culpa prästiren, so weit er auch schon außer dem obligatorischen Verhältniß, in dem er steht, dafür haften würde [m]). Im zweiten Fall, vorausgesetzt daß die Unthätigkeit wirklich eine Pflichtverletzung ist (§. 264), gilt ebenfalls das Princip der Prästation von dolus und culpa (levis) [n]), die Thätigkeit also, zu welcher jemanden eine Obligatio verpflichtet, ist als diligentia zu bestimmen, und zwar regelmäßig als diligentia diligentis patrisfamilias, doch ist es der Natur gewisser Fälle angemessen, den Anspruch auf diligentia in suis rebus zu reduciren; dieß geschieht in Gemeinschaftsobligationen [o]), in der Obligatio des Ehemanns rücksichtlich der Dos und der seiner Verwaltung überlassenen Paraphernа [p]), in der Obligatio des Vormunds aus der Vormundschaft [q]). Das Princip der Prästation von culpa levis erleidet eine Ausnahme in Fällen, wo nur ein unvollkommenes obligatorisches Band existirt, nämlich bey dem Precarium [r]), und der Verpflichtung zu Diensten, die in der Ausübung einer Wissenschaft und Kunst bestehen [s]), sodann aber auch der Billigkeit gemäß für den, welcher keinen Vortheil von dem obligatorischen Verhältniß hat; hier ist die Haftung auf dolus und culpa lata beschränkt [t]). Aber diese billige Rücksicht tritt außer

m) L. 18 §. 1 D. commod. (13, 6), L. 10 pr. D. comm. div. (10, 3). (Durch Vertrag kann die Culpa gemindert und sowohl die aquilische als die Contractsklage beseitigt werden. L. 27 §. 29 D. ad L. Aquil [9, 2]. Schnell, de culpa, quae dicitur legis Aquiliae in obligationibus praestanda. 1845. R.)

n) Vgl. Bethmann-Hollweg, über die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, in der 2. Ausg. von Hasse's Culpa, Anhang IV.

o) L. 72 D. pro soc. (17, 2), L. 25 §. 16 D. fam. erc. (10, 1).

p) L. 17 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. ult. C. de pact. conv. (5, 14). (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß V. [1848] 2 Num. 10. R.)

q) L. 1 pr. D. de tut. act. (27, 3), vgl. §. 347 Note e.

r) L. 8 §. 3 L. 14 D. de precar. (43, 26).

s) L. 1 §. 1 D. si mensor (11, 6).

t) Vgl. L. 108 §. 12 D. de leg. I. (30): Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum

Anwendung für den, welcher sich für ein Geschäft aufbringt oder

---

versetur, etiam culpa, si unius solius, dolus malus solummodo praestetur. L. 5 §. 2 D. commod. (13, 6): Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus, dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. L. 18 pr. eod.: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum, hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio sicut in rebus pignori datis (societatis?) et dotalibus aestimari solet. L. 23 D. de R. I. (50, 17): Contractus quidam dolum malum solum recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum; item dotis datio, tutelae, negotia gesta, in his quidem et diligentia, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Vgl. Huschke, Rhein. Museum VII S. 74 ff. (— locatum, negotia gesta, in his quidem et diligentia praestatur; item dotis datio, tutela, societas —).

unaufgefordert anbietet[u]), und für den, welcher die Führung fremder Angelegenheiten auf sich nimmt[v]); diese also prästiren culpa levis.

Die Beweislast in Beziehung auf die Culpa hängt davon ab, ob der Anspruch des Ersatzfordernden sie zu seinem Grunde hat (wie dieß bey den Delictsklagen der Fall ist), oder sein Grund ein anderer, eine schon bestehende Obligatio ist, von deren Wirkung der Gegner durch schuldlose Unmöglichkeit der Leistung befreit zu seyn behauptet. Im letzten Fall muß von diesem die Abwesenheit einer zu prästirenden Culpa bewiesen werden[w]).

b. Mora[a]).

§. 268.

Eine rechtswidrige Verzögerung der Leistung, sey es durch den Schuldner (mora solvendi) oder durch den Gläubiger (mora accipiendi), hat unter gewissen Voraussetzungen schon dem Recht nach eine modificirende Wirkung auf die Existenz und den Umfang der Obligatio. Die Wirkung auf die Existenz ist für die mora solvendi, daß die Obligatio perpetuirt, der Schuldner nicht mehr durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung oder durch den Ablauf der seiner Haft gesetzten Zeit befreit wird[b]), wenn er nicht beweisen kann, daß der Verlust den Gläubiger auch bey rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde[c]), für die mora accipiendi, daß

u) L. 1 §. 35 D. depos. (16, 3), L. 53 §. 3 D. de furt. (47, 2).

v) L. 11. 13. 21 C. mand. (4, 35), L. 11 D. de neg. gest. (3, 5), L. 6 D. de adm. rer. civ. (50, 8), Paul. sent. I. 4. 1.

w) L. 9 §. 4 D. loc. (19, 2), L. 1 §. 13 D. de mag. conv. (27, 8), L. 5 C. de pign. act. (4, 24).

a) Dig. XXII. 1: de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora. Bey dieser Lehre müssen zwey Irrthümer vermieden werden: 1) die Einmischung der Culpa, 2) die Herbeiziehung jeder Verzögerung einer Leistung und ihrer vertragsmäßigen Wirkungen. Beide haben mehr oder weniger auch noch auf die zwey neuesten Schriften über diesen Gegenstand ihren Einfluß geäußert: v. Madai, die L. von der Mora 1837. C. W. Wolff, zur Lehre von der Mora 1841.

b) L. 5 D. de reb. cred. (Note l), L. 59 §. 5 D. mand. (17, 1), L. 24 in f. D. de usur. (22, 1), L. 25 §. 2 D. sol. matr. (24, 3), L. 39 §. 1 L. 108 §. 11 D. de leg. I. (30), L. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1).

c) L. 15 §. 3 D. de R. V. (6, 1), L. 14 §. 1 D. depos. (16, 3) L. 47 §. 6 D. de leg. I. (30). (Bestritten schon unter den Glossatoren: Haenel,

der Schuldner durch jede Unmöglichkeit der Leistung befreit wird, die ohne Dolus oder culpa lata von seiner Seite eintritt[d]). Auf den Umfang der Obligatio wirkt die Mora dadurch, daß sie den Säumigen aus der bestehenden Obligatio zur Schadloshaltung verpflichtet[e]), den säumigen Schuldner insonderheit zu Verzugszinsen (§. 227), und bey der Leistung des Werths zu dem höchsten, den die Sache während der Dauer der Mora hatte[f]). Die Verzögerung einer Leistung kann vertragsmäßige Folgen haben, diese setzen den Eintritt der vertragsmäßigen Bedingung, nicht eine wahre und eigentliche Mora voraus[g]), und dürfen eben so wenig hieher gezogen werden, als z. B. die Conventionalstrafe in ihren Voraussetzungen mit den Delictsstrafen zusammengestellt werden darf.

§. 269.

Der rechtswidrige Verzug, der die Voraussetzung der angegebenen Wirkungen ist, die eigentliche mora, und zwar vor allem der Hauptfall derselben, die mora debitoris, ist eine Rechtsverletzung, die aber das Eigenthümliche hat, daß sie keine culpa fordert[h]). Ihre Voraussetzung ist auf Seiten des Schuldners eine

---

dissens. dom. p. 138 §. 23 Madai §. 46 f. R.) Mit gutem Grund wird diese Beschränkung nicht angewendet auf den, welcher durch ein Delict in mora der Restitution, und mehr als ein gewöhnlicher frustrator ist, L. 19 D. de vi (43, 16), L. 8 § 1 L. 20 D. de cond. furt. (13, 1), L. 7 C. de cond. ob turp. c. (4, 7).

d) L. 5. 17 D. de peric. et comm. (18, 6), L. 105 D. de V. O. (45, 1), L. 72 pr. D. de solut. (46, 3).

e) Bey der mora accipiendi, L. 1 §. 3 D. de peric. et comm. (18, 6), L. 3 §. 4 L. 38 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1), bey der mora solvendi, L. 21 §. 3 eod., L. 114 D. de V. O. (45, 1). Dieses Interesse kann möglicherweise in der Aufhebung des Contracts bestehen, L. 24 §. 4 D. loc. (19, 2). Wegen der Nutzungen s. u. a. L. 8. 14 pr. 36. 38 §. 1. 7 D. de usur. (22, 1).

f) L. 8 §. 1 D. de cond. furt. (13, 1), L. 3 D. de cond. trit. (13, 3), L. 3 §. 3 L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1).

g) L. 12 C. de contr. stip. (§. 231 Note g). Der Ausdruck mora kommt nicht selten im vulgären Sinn irgend einer Verzögerung vor, s. z. B. L. 135 §. 2 D. de V. O. (45, 1), daher auch das Beiwort inculpata mora in L. 9 §. 1 D. de usur. (22, 1).

h) So wird die Frage der Haftung wegen culpa und mora getrennt in L. 23. 91 D. de V. O. (45, 1), obwohl freilich die Mora selbst als Rechtsverletzung culpa genannt, und auch die Voraussetzung derselben: per debitorem factum est quo minus daret, im weitern Sinn so bezeichnet werden kann.

fällige Schuld[i]), deren Nichterfüllung lediglich an dem Schuldner lag[k]), und die Mora tritt nicht ein, wenn er aus entschuldbarer Unkenntniß der Schuld oder ihres Betrags, und aus wohlbegründetem Zweifel über ihre Existenz oder die Person des Gläubigers die Leistung verzögert[l]). Aber zur Entstehung der Mora gehört überdieß, daß der Wille des Gläubigers entschieden auf die Leistung gerichtet und durch Interpellation, Aufforderung des Schuldners zur Leistung, erklärt ist; durch diese persönliche Thätigkeit wird der Schuldner erst in Mora versetzt[m]). Die Mahnung muß an die rechte Person[n]), und zu der Zeit geschehen, wo die Leistung unmittelbar erwartet und gefordert werden konnte[o]). Eine vorzeitige Mahnung begründet keine Mora, und darin schon liegt, daß die Vorausbestimmung eines Zahlungstermins die Mahnung nach Eintritt dessel-

i) L. 88 D. de R. I. (50, 17): Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est, vgl. L. 127 D. de V. O. (45, 1), L. 40 D. de reb. cred. (12, 1), L. 49 §. 3 D. de V. O.

k) L. 114 eod.: — et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur —. L. 21—23 D. de usur. (22, 1).

l) L. 5 D. de reb. cred. (12, 1): Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit necne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. L. 9 §. 1 L. 21. 22. 24 pr. 47 D. de usur. (22, 1), vgl. L. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1). L. 89 §. 1 D. ad L. Falc. (35, 2), vgl. L. 78 pr. D. de leg. II. (31), L. 42. 99 D. de R. I. (50, 17). — Vgl. L. 91 §. 3 D. de V. O.: — esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur —.

m) L. 32 pr. D. de usur. (22, 1): Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro XII. epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris. L. 36 §. 3 D. de leg. I. (30), L. 23 D. de V. O. (45, 1).

n) L. 32 §. 1. 3—5 D. de usur. (22, 1), L. 24 D. de V. O. (45, 1). Ueber die Person des Mahnenden, L. 24 §. 2 D. de usur., vgl. L. 20 §. 11 D. de H. P. (5, 3).

o) L. 49 §. 3 D. de V. O. (45, 1): Si promissor hominis ante diem in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

den nicht ersetzt[p]). Die entgegengesetzte Meinung, die sich in dem Spruch dies interpellat pro homine ausdrückt, beruht vornehmlich auf der Vermischung anderer Verpflichtungsgründe mit der Mora[q]). Doch giebt es allerdings Fälle, wo mora ohne Interpellation eintritt (ex re mora fit, oder wie man dieß auch ausgedrückt hat: lex interpellat pro homine), die übrigen Erforderniße der Mora natürlich vorausgesetzt; so 1) wenn die Interpellation durch Abwesenheit des Schuldners unmöglich gemacht ist[r]); 2) bey dem condemnirten Schuldner mit dem Ablauf des tempus iudicati[s]), die usurae rei iudicatae sind Verzugszinsen aus der durch diesen Zeitpunkt begründeten Mora und nicht identisch mit den bis dahin laufenden, durch das Urtheil anerkannten (vertragsmäßigen oder Verzugs-) Zinsen[t]); 3) bey dem Besitzer einer fremden Sache durch Delict, der von der Zeit seines Besitzes an in mora ist[u]); 4) gewisse Gläu-

p) S. Note o und L. 17 §. 4 D. de usur. (22, 1): Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet. L. 3 C. in quib. caus. in int. rest. (2, 41): In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, i. e. in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. Vgl. L. 41 §. 1 D. de V. O. (45, 1): — diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. L. 22 §. 2 D. ad S. C. Treb. (36, 1), vgl. L. 27 §. 1 L. 44 §. 1 eod.

q) Vgl. §. 268 Note a. g. Die dafür angeführten L. 47 D. de A. E. V. (19, 1), L. 33 D. de V. O. (45, 1) enthalten kein Wort von einer bloß durch den Ablauf der Zahlungsfrist entstehenden Mora. In neuerer Zeit haben den alten Irrthum in Schutz genommen unter Andern Thibaut, Archiv für civ. Pr. VI. 2 (1825) XVI. 7 (1833), Madai, Mora §. 16 ff., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 355 Note 8 (v. Vangerow, Leitfaden III §. 588 Anm. 2 [1847]. R.). — Dagegen s. besonders die (auch dogmengeschichtliche) Ausführung von Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VI. 5 (1831) VII. 3 (1834), vgl. Puchta, Gewohnheitsr. II S. 76 ff.

r) L. 23 §. 1 D. de usur. (22, 1).

s) L. 2 C. de usur. rei iud. (7, 54).

t) Daher ist die Meinung falsch, daß sie wie diese im Urtheil zugesprochen sein müßten, nach L. 13 C. de usur. (4, 32). Es handelt sich hier um Verzinsung einer durch das Urtheil begründeten Forderung, aber nicht um eine durch das Urtheil, sondern durch die spätere Mora begründete Verzinsung.

u) L. 8 §. 1 L. ult. D. de cond. furt. (13, 1), L. ult. C. de cond. ob turp. c. (4, 7).

biger haben das Vorrecht der Mora ohne Interpellation: die Minderjährigen[v]), der Fiscus[w]), die Städte bey Vermächtnissen zur Errichtung von Bau- und Kunstwerken[x]), die Kirchen und milden Stiftungen bey Vermächtnissen zu ihren Gunsten[y]).

Die mora creditoris entsteht dadurch, daß er den Empfang verweigert oder sonst verhindert, während von Seiten des Schuldners nichts gefehlt hat, was zur Leistung nöthig war[z]), und die Leistung von ihm in quali et quanto so angeboten wurde, wie der Gläubiger sie zu fordern berechtigt war[aa]).

§. 270.

Die Aufhebung der Obligatio hat immer auch die Aufhebung der Mora zur Folge[bb]). Während der Dauer der Obligatio aber kann die Mora aufgehoben (purgirt) werden dadurch, daß der Säumige sich zu dem früher Versäumten bereit findet, vorausgesetzt daß diese Bereitschaft sich auch auf das erstreckt, was er dem andern Theil in Folge der bisherigen Mora zu leisten hat[cc]). Durch Zurückweisung der purgirenden Leistung oder Empfangserbietung würde nun der Gegner in moram versetzt werden, und die spätere

---

v) L. 3 C. in qu. c. in int. (Note p), L. 26 §. 1 D. de fideic. lib. (40, 5). In L. 5 C. de A. E. V. (4, 49) wird gesagt: — licet nulla mora intercesserit — weil diese mora ex re ihrer Begründung nach eine Anomalie ist, und in L. 87 §. 1 D. de leg. II. (31): tamen non pro mora hoc habendum est — weil sie nicht wie die eigentliche Mora eine dauernde, sondern auf die Zeit der Minderjährigkeit des Gläubigers beschränkt ist.

w) L. 17 §. 5 D. de usur. (22, 1).

x) L. 17 §. 8 eod.

y) Nov. 131 c. 12, zu deren Erläuterung zu vergleichen ist die restituirte L. 46 §. 4 C. de episc. et cler. (1, 3).

z) L. 3 §. 4 D. de A. E. V. (19, 1), L. 72 §. 3 D. de solut. (46, 3), L. 4 C. de usur. pup. (5, 56). Die Streitfrage, ob oblatio verbalis hinreiche, oder realis nöthig sey (vgl. Glück, Comment. IV S. 108 f. Madai, Mora §. 37), läßt sich im allgemeinen weder für noch gegen beantworten.

aa) L. 39 D. de solut. (46, 3), L. 41 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 122 pr. D. de V. O. (45, 1).

bb) L. 29 §. 1 eod., L. 17 D. de cond. furt. (13, 1), L. 8 pr. 14 pr. D. de novat. (46, 2). Hiernach entscheidet sich der Fall einer bedingten Novation L. 31 pr. eod., der dagegen in L. 72 §. 1—2 D. de solut. (46, 3) von einem ganz andern Gesichtspunkt aus, nämlich dem einer in der Novation liegenden purgatio morae, betrachtet und entschieden wird.

cc) L. 73 §. 2 L. 91 §. 3 D. de V. O. (45, 1).

hebt die frühere Mora auf; eine gleichzeitige Mora ist undenkbar[dd]).

c. Ableugnung und Weigerung.

§. 271.

Das Ableugnen der Verbindlichkeit hat bey einigen Klagen die Folge, daß ihr Gegenstand auf das Doppelte wächst (lis inficiando crescit in duplum), so bey der actio legis Aquiliae[a]), bey der actio depositi miserabilis[b]), endlich, wenn der Empfang des Eingeklagten gegenüber einem von dem Beklagten ausgestellten Empfangsschein abgeleugnet wird[c]). Bey der actio de pauperie hat das Ableugnen des Eigenthums an dem beschädigenden Thier die Klage auf Ersatz ohne noxae deditio zur Folge[d]). Schon die Weigerung der Erfüllung wird bey dem Vermächtniß ad pias causas durch die Verurtheilung in das Doppelte bestraft[e]), die Weigerung der Restitution auf richterliches Gebot bey der actio quod metus causa durch Condemnation in das Vierfache[f]).

---

dd) L. 72 pr. D. de solut. (46, 3), L. 17 D. de peric. et comm. (18, 6): Illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quodsi per venditorem et emtorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere. Labeo L. 51 pr. D. de A. E. V. (19, 1): Si et per emtorem et venditorem mora fuisset, quominus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emtorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse ipso moram faciente emtore (Haloand. non enim posse videri moram per venditorem emtori factam esse ipso emtore posteriorem moram faciente).

a) §. 19. 23. 26 I. de action. (4, 6).

b) L. 1 §. 1 D. depos. (16, 3).

c) Nov. 18 c. 8. — Vgl. E. Sell, von den causis ex quibus inf. lis crescit in dupl., Jahrbücher II. 1. (Huschke, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIII. 5 S. 256—284 [1846]. Rudorff, über die Litiecrescenz, daselbst XIV. 9 [1847]. R.)

d) L. 1 §. 15 D. si quadrup. (9, 1).

e) §. 19. 26 I. de action. (4, 6).

f) §. 25. 27 I. eod.

3. Durch Zufall.

§. 272.

Ein Zufall, der die Leistung ganz oder theilweise unmöglich macht, kann die Obligatio aufheben oder mindern (§. 302). Umgekehrt kann die Obligatio erweitert werden durch eine zufällige Erweiterung ihres Gegenstandes, causa rei, commodum rei[a]). Das Princip ist: wer eine Sache zu leisten verpflichtet ist, hat mit ihr alle ihre accedirenden Vortheile zu leisten, die den Gläubiger getroffen hätten, wenn die Erfüllung mit der Entstehung der Obligatio geschehen wäre. Da nun dasselbe Princip in Beziehung auf zufällige Verringerung und Untergang gilt[b]), so besteht die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est[c]). Dem Princip gemäß beschränkt sich das zu prästirende commodum auf das ex re entstandene, und erstreckt sich nicht auf Vortheile, die sich der Schuldner mittelst der Sache anderswoher verschafft. Aber auch für diese läßt sich ein ähnlicher Grundsatz behaupten, nämlich daß sie dem Schuldner nur insofern verbleiben, als auch der Nachtheil des Geschäfts selbst (nicht der Sache) ihn betroffen haben würde[d]). Zu jenem commodum gehören die Accessionen der Sache selbst[e]),

---

a) Dig. XXII. 1, XVIII. 6, Cod. VI. 48. Jhering: in wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben (1844), Abhandl. aus dem R. R. 1.

b) L. 5 §. 2 D. de rescind. vend. (18, 5).

c) §. 3 I. de contr. emt. (3, 23).

d) Paul. L. 21 D. de her. v. act. vend. (18, 4): — — ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi. nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci, pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic sit quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem — (Fortsetzung Note f a. E.) Vgl. Afric. L. 23 D. de reb. cred. (12, 1): Si eum servum qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. Vgl. Jhering a. a. O. S. 58 ff.

e) L. 7 pr. D. de peric. et commod. (18, 6), L. 4 §. 1 L. 38. 39 D. de usur. (22, 1), L. 13 §. 13 D. de A. E. V. (19, 1). Nicht der Pacht- u. Miethzins, L. 13 §. 11 eod. (bestritten vgl. Glück, Comment. XVII S. 196 ff.) dagegen L. 30 §. 1 D. de leg. I. (30) spricht von dem Fall der Mora,

ferner die Klagen wegen der Sache, die durch die Handlung eines Dritten entstanden sind, soweit nicht der Schuldner schlechterdings für die Sache haften muß [f]).

C. Stellvertretung bey der Entstehung von Obligationen [a]).

§. 273.

Subjecte der Obligatio werden diejenigen, in deren Person der obligatorische Grund eingetreten ist. Daß der Vertragschließende

---

wo nicht was der Schuldner bezogen hat, sondern was der Gläubiger hätte beziehen können, zu prästiren ist. Streitfrage über den gefundenen Schatz, vgl. Glück, Comment. XVII S. 190 ff,

f) Ulp. L. 14 pr. D. de furt. (47, 2): Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit. quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. L. 80 pr. eod. §. 3 I. de contr. emt. (3, 23), L. 35 §. 4 D. de contr. emt. (18, 1); L. 13 §. 12 D. de A. E. V. (19, 1): Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel Aquiliae, vel interdicti quod vi aut clam. L. 11 §. 8—10 D. quod vi (43, 24). Vgl. L. 21 D. de her. vel act. vend. (Note d): — — at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emtorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque; nam et aream tradere debet exusto aedificio. Vgl. Ihering a. a. O. S. 30—58.

a) Cod. IV. 11: ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. 12: ne uxor pro marito vel maritus pro uxore, vel mater pro filio conveniatur. 13: ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono vel servus pro domino conveniatur. VI. 50: si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit. Dig. XXVI. 9, Cod. V. 39: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. — Inst. III. 28: per quas personas nobis obligatio adquiritur. IV. 8: de noxalibus actionibus. Cod. IV. 27: per quas personas

nicht Subject der contrahirten Obligatio werde, sondern unmittelbar durch ihn ein Anderer, ist gegen das Wesen dieses Rechtsverhältnisses, bey welchem die Subjecte so wesentlich zum Inhalt gehören, daß eine Veränderung derselben die Obligatio selbst zu einer andern macht. Der Grundsatz, daß die Obligatio in dem Handelnden selbst ihren Anfang nehmen muß[b]), ist so wenig als die Unstatthaftigkeit einer Singularsuccession in Obligationen (§. 280) eine Singularität des römischen Rechts, sondern in dem Wesen der Obligationen gegründet. Eine Obligatio aus dem Vertrag eines Andern wäre keine obligatio ex contractu, denn die, zwischen denen sie existirte, hätten den Vertrag nicht geschlossen, und die den Vertrag geschlossen, wären nicht die Subjecte der Obligatio. Die In-

---

nobis adquiratur. (Ruhstrat, im Archiv für das in Oldenburg geltende Recht I S. 22, und vornehmlich auch wegen der Dogmengeschichte: Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen [1852]. Vgl. dazu: Derunburg, Krit. Zeitschrift I S. 11 ff. Brinz, krit. Blätter [1852] No. 2 S. 22. 32. Jetzt vor Allen: Savigny, Obl. Recht II [1853] §. 54—60. Vgl. Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. 1854. Der Verf. vermischt §. 273—279 folgende, erst von Savigny gehörig unterschiedene Fälle: 1) Vertragschließung ohne Stellvertretung, also für einen Dritten ohne Auftrag oder Amt; diese ist ganz unzulässig §. 256. §. 273 Note b. Savigny §. 59; 2) Stellvertretung: a) Abschluß auf fremden Namen, also durch einen nuntius, worunter aber nicht bloß ein willenloser Träger der Willenserklärung zu verstehen ist [Savigny §. 57]; hier wird der Dominus schon nach römischem Recht direct berechtigt und verpflichtet [L. 1 §. 11 D. depos. 16, 3 L. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19, 1 L. 126 §. 2 D de V. O. 45, 1], die Formalverträge, in denen die Hülfe eines Repräsentanten unstatthaft war, fallen jetzt weg, die directe Vertretung gilt also allgemein c. 68. 72 de R. I. in VIto [5, 12]; b) Abschluß auf den eigenen Namen des procurator, tutor, curator: hier ist der Vertreter direct berechtigt und verpflichtet, der Vertretene kann nur durch wirkliche oder fingirte Cession ein Klagrecht erwerben und nur mit einer actio quasi institoria verklagt werden. Die folgende Darstellung §. 273—279 ist demnach auf diesen Fall zu beschränken. — Die Meinung Ruhstrat's, der Vertretene hafte nicht in solidum, sondern nur de in rem verso erledigt sich schon durch L. 13 §. 25 D. de A. E. V. [19, 1] L. 31 pr. D. de neg. gest. [3, 5]. R.)

b) L. 73 §. 4 D. de R. I. (50, 17): Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

tervention einer dritten Person als Unterhändler (proxeneta) oder auch als bloßer Träger der Willenserklärungen entfernter Contrahenten (nuntius) ist dadurch nicht ausgeschlossen, wenn die Form des Vertrags seine Schließung unter Entfernten zuläßt[c]). Dem Bedürfniß aber der Contrahirung von Obligationen durch Repräsentanten ist in Beziehung auf den Erwerb von Forderungen theils durch die in dem Gewaltverhältniß liegende nothwendige Repräsentation (§. 274), theils bey freien Stellvertretern durch die Möglichkeit einer Cession, die auch sofort bey der Contrahirung durch den Repräsentanten eintreten kann (§. 275), Genüge gethan. Eben so ist für die Verpflichtung unter gewissen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit dessen, zu welchem der Handelnde in einem Repräsentationsverhältniß steht, festgesetzt (§. 277—279).

1. Erwerb von Forderungen.

a. Durch nothwendige Repräsentanten.

§. 274.

In einem nothwendigen Repräsentationsverhältniß steht

1) der Erblasser zu seinem Erben. Dieser erwirbt vermöge seines Eintritts in die Persönlichkeit jenes die von ihm contrahirten Forderungen, ja nach dem neuesten Recht kann der Erblasser dem Erben sogar eine Forderung contrahiren, ohne selbst schon Gläubiger zu werden[a]);

2) der Filiusfamilias zu seinem Gewalthaber. Der Grund liegt in der Natur der väterlichen Gewalt, vermöge deren der Unterworfene seinen Erwerb nothwendig dem Vater macht, nach altem Recht überall, nach neuem wenigstens in gewissen Fällen[b]); aber auch wo der Erwerb nicht mehr ein nothwendiger ist, bleibt

---

c) L. 15 D. de pec. const. (13, 5): Et licet libera persona sit per quam tibi constitui, non erit impedimentum quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur. Vgl. L. 14 §. 3 eod., L. 1 §. 1 D. mand. (17, 1), L. 1 §. 11 D. depos. (16, 3).

a) L. un. C. ut action. ab hered. (4, 11), vgl. Gai. III, 100. (Bei bonae fidei obligationes war dies von jeher möglich gewesen, L. 12 §. 17 L. 13 D. mand. [17, 1]. Vgl. Gai. II, 277. III, 117 [III, 158 geht blos auf die überlieferte Regel], v. Scheurl, Beitr. I. [1852] No. 3 S. 105 f. R.)

b) Die nähere Bestimmung dieses Satzes ist in der Lehre von der väterlichen Gewalt zu suchen.

doch noch die Möglichkeit eines freiwilligen als Nachwirkung des alten Princips. Ungeachtet dieser vollkommenen Repräsentation[c]) geht die Obligatio doch von dem Handelnden aus, und wenn daher die Kenntniß eines Umstandes Einfluß auf die Forderung hat, so kommt es vor allem auf sein Wissen oder Nichtwissen an[d]).

b. Durch freie Repräsentanten.

§. 275.

Ein zur Vertragschließung durch Mandat Bevollmächtigter (wohl zu unterscheiden von einem Nuntius, wo der Absender selbst der Vertragschließende ist) ist Contrahent und daher auch das ursprüngliche Subject der durch den Vertrag entstehenden Obligatio. Ein Anspruch, der aus der Unkenntniß eines Umstands abgeleitet werden soll, wird daher durch die Kenntniß des Procurators immer ausgeschlossen, ohne daß dem Dominus seine eigene Unkenntniß nützt[a]), umgekehrt aber kann die Kenntniß des Dominus die

---

c) L. 45 pr. D. de V. O. (45, 1): Quodcunque stipulatur is qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus. L. 38 §. 17 L. 40 eod.

d) L. 12 D. de contr. emt. (18, 1): In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum quibus adquiritur ex eo contractu actio. nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille qui contrahit. L. 16 §. 3. 4 D. de lib. causa (40, 12): Quare si filiusfamilias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisiit patri actionem. Hoc si peculiari nomine egerit; ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat. Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet. Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico, repellendum patrem, etiam si peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit, potuitque filium emere prohibere. L. 51 pr. D. de aed. ed (21, 1), L. 2 D. de litig. (44, 6).

a) L. 22 §. 5 D. de lib. causa (40, 12): Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat. L. 51 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1): Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit, at cum ipse ignorans esse vitiosum, mandatu domini qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. Auszunehmen ist der Fall eines betrüglichen Einverständnisses zwischen dem Procurator und dem andern Contrahenten, von welchem zu verstehen ist die scheinbar

Nichtkenntniß des Procurators wirkungslos machen, unter Umständen nämlich, wo sie dem andern Contrahenten die exceptio doli verschafft[b]). Vermöge des zwischen dem contrahirenden Procurator und dem Dominus bestehenden Verhältnisses geht aber die Forderung durch eine wirkliche oder fingirte Cession auf den letzteren über[c]). In einem gleichen Verhältniß stehen die Vorsteher juristischer Personen, ferner die Vormünder, wenn sie Verträge für die Mündel schließen[d]), nur daß die Cession an diese erst bey der Beendigung der Vormundschaft geschieht. Ja wenn die Forderung mittelst des Mündelvermögens erworben wird, so ist dazu nicht einmal nöthig, daß der Vormund den Willen gehabt habe, für den Mündel zu contrahiren[e]).

§. 276.

In gewissen Fällen bringt jemand, indem er einen Vertrag schließt, zu Gunsten eines Dritten ohne eine Vollmacht dieselbe Wirkung hervor, wie wenn er ihn als sein Bevollmächtigter geschlossen hätte. Der Dritte erwirbt aus dem Vertrag die ihm von dem Vertragschließenden zugedachte Klage, wie wenn sie ihm von demselben cedirt worden wäre, als utilis actio. Diese Fälle sind folgende: Der Ascendent der Frau kann dieser oder ihren Kindern die Dos bey deren Bestellung stipuliren, und diese haben aus diesem Vertrag utilem actionem[f]). Unrichtig ist die Meinung derer, welche dieß dahin erweitern wollen, daß Kinder überhaupt aus

---

widersprechende L. 17 D. de lib. causa: In servo et in eo qui mandatu nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi sciens liberum esse, licet is cui mandatum est, ignoret, idem sit, et non competet ei actio. Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

b) L. 51 §. 1 D. de aed. ed. (Note a) und L. 13 D. de contr. emt. (18, 1): Sed si servo meo vel ei cui mandavero, vendas servum fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. Vgl. L. 4 §. 19 D. de exc. doli (44, 4).

c) L. 8 § ult. L. 10 §. 6 D. mand. (17, 1), L. 13 §. 25 D. de A. E. V. (19, 1).

d) L. 5 §. 9 cf. 6 D. de pec. const. (13, 5), L. 2. 4 C. quando ex facto tut. (5, 39), L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

e) L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9). Darauf bezieht sich L. ult. C. eod.: Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causis quaeri non potest.

f) L. 45 D. sol. matr. (24, 3), L. 7 C. de pact. conv. (5, 14).

den zu ihren Gunsten geschlossenen Verträgen ihrer Eltern klagen könnten[g]). Wenn der Schenker dem Beschenkten die Auflage gemacht hat, die Sache einem Dritten zu restituiren, so hat dieser eine utilis actio auf Restitution, wenn die Zeit derselben gekommen ist[h]). Wenn jemand fremde Sachen deponirt oder commodirt mit der Auflage an den Empfänger, sie dem Eigenthümer zu restituiren, so hat dieser die utilis depositi oder commodati actio[i]). Wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Schuldner das Einlösungsrecht vorbehalten hat, so kann dieser diesen Vorbehalt geltend machen, was damit zusammenhängt, daß der Gläubiger überhaupt bey dem Verkauf des Pfandes wie ein Procurator des Schuldners betrachtet wird[k]).

2. Verpflichtung.

a. Durch nothwendige Repräsentanten[a]).

§. 277.

Der Erbe wird durch den Erblasser verpflichtet, auch wenn gegen diesen selbst die Forderung noch nicht hätte geltend gemacht werden können[b]).

In der väterlichen Gewalt dagegen liegt an sich kein Grund einer Verpflichtung des Vaters durch die Handlungen des Sohns[c]).

---

g) L. 4 C. eod., L. 26 C. de iure dot. (5, 12).

h) L. 3 C. de don. sub modo (8, 55).

i) L. 8 C. ad exhib. (3, 42). Nicht hieher gehört der mit den obigen öfters auf gleiche Linie gestellte Fall der L. 9 §. 8 D. de reb. cred. (12, 1), vgl. §. 304 Note d.

k) L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 7 §. 1 D. de distr. pign. (20, 5).

a) Inst. IV. 7. Dig. XIV. 5: quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. Cod. IV. 26: quod cum eo etc. vel de peculio, sive quod iussu aut de in rem verso. Dig. XIV. 4: de tributoria actione. XV. 1: de peculio. 2: quando de peculio actio annalis est. 3: de in rem verso. 4: quod iussu. Cod. IV. 13: ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato etc. conveniatur.

b) L. un. C. ut act. ab her. (4, 11). Die singuläre Bestimmung, daß die Kinder für eine Primipilarschuld ihres Vaters nach dessen Tod, auch ohne seine Erben geworden zu seyn, haften sollen, L. 4 C. de primip. (12, 63), findet keine Anwendung mehr.

c) L. 6. 12 C. quod cum eo (4, 26), L. 1 C. ne fil. pro patre (4, 13). Nach älterem Recht war der Vater verpflichtet, das Kind gegen Delictsklagen

Erst durch das Hinzutreten anderer Gründe kann es geschehen, daß die Gläubiger des Sohns aus den Geschäften desselben ihre Klagen (als s. g. actiones adiecticiae qualitatis) gegen den Vater, aber nicht immer in solidum haben. Die einzelnen Fälle sind zum Theil solche, die schlechterdings ein Gewaltverhältniß voraussetzen, zum Theil solche, die auch auf das Verhältniß freier Repräsentation erstreckt sind (§. 278). Die ersten sind folgende:

1) der Vater haftet in solidum aus dem Geschäft des Sohns, zu dem er den Befehl gegeben hat[d]), actio quod iussu.

2) Er haftet, wenn er durch Dolus den Kläger in Nachtheil gebracht hat oder dessen Befriedigung verhindert[e]), actio de eo quod dolo malo patris captus fraudatusque actor est.

3) Er haftet, soweit seinem Vermögen (abgesehen von dem Peculium des Sohns) durch das Geschäft des Sohns ein Zugang geschehen ist[f]), actio de in rem verso.

4) Wenn der Vater dem Sohn ein Peculium gegeben hat, so haftet er aus dessen Geschäften, soweit es reicht[g]), nach Ab-

---

zu vertreten, zu diesem Behuf wurde aus dem Delict des Kindes gegen ihn eine actio noxalis gegeben; im justinianischen Recht ist selbst diese indirecte Haftung weggefallen, §. ult. I. de nox. act. (4, 8).

d) L. 1 pr. D. quod iussu (15, 4): — nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iussit. L. 1 §. 1—4. 6 L. 3 eod., L. 3 §. 4 D. de minor. (4, 4). Unterscheide davon 1) eine Intercession des Vaters, L. 1 §. 5 D. qu. iussu, 2) einen von dem Vater selbst mit Benutzung der Dienste des Sohns geschlossenen Contract, L. 5 pr. eod. Streitfrage: ob das Geschäft die Angelegenheiten des Sohns oder ob es die des Vaters betreffen müsse? Vgl. Thibaut, Archiv für civ. Pr. XII. 10 (1829), W. Müller, civ. Abhandl. I. 4 (1833), (Schmid, ebend. XXIX. 3 [1846]. Desgleichen: gegen wen der iussus erklärt sein müsse? Chambon, Beitrag zum Obl. R. I. 3 [1851] S. 192 ff. R.)

e) L. 5 pr. 36 D. de pecul. (15, 1).

f) Verhältniß zur actio de peculio, L. 1. 5 §. 3 L. 6. 7 pr. D. de in rem verso (15, 3), §. 4 I. quod cum eo (4, 7). Begriff und verschiedene Fälle der in rem versio, L. 3 §. 1—9 L. 7 §. 1 sqq. L. 8—10. 17 pr. 21 D. de in rem v., L. 3 §. 2 eod.: Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem. (Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen u. s. w. [s. §. 171 bb] S. 61 bis 100. R.)

g) L. 4 pr. §. 1. 2 D. de pecul. (15, 1), L. 29 §. 2 eod.: Etiamsi

zug des ihm Geschuldeten[h]), dagegen mit Zurechnung dessen, was durch seinen Dolus fehlt[i]), actio de peculio; nach Aufhebung der väterlichen Gewalt dauert sie höchstens noch ein Jahr[k]).

5) Auf den Theil des Peculiums, der mit dem Wissen des Vaters zu einem Handelsgeschäft bestimmt worden ist[l]), haben die Gläubiger des Sohns, die es in Beziehung auf dieses Geschäft geworden sind[m]), als Befriedigungsobject Anspruch, wobey der Vater wegen seiner etwaigen Forderungen keinen Vorzug hat[n]); sie haben gegen ihn, wenn er diesen Anspruch verletzt, die actio tributoria[o]).

b. Verpflichtung durch nothwendige und freie Repräsentanten[a]).

§. 278.

Ueber das Gewaltverhältniß hinaus erstreckt sich die Haftung des Gewerbsherrn aus den Geschäften des von ihm angestellten Gewerbführers. Die Anstellung des letzteren (institor, Factor, bey Schiffen magister navis, Schiffer)[b]) verpflichtet den Gewerbsherrn (bey Schiffen exercitor navis, Schiffsrheder)[c]) aus allen Geschäften[d]), welche jener der lex praepositionis (Procura) ge-

---

prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. L. 47 pr. eod. Zeit der Aestimation, L. 30 pr. §. 4 eod. Mehrzahlung, L. 11 D. de cond. indeb. (12, 6). Keine Forderung aus Delicten, L. 3 §. 11. 12 D. de pecul., L. 58 D. de R. I. (50, 17).

h) L. 8 §. 2—4 L. 11 §. 6. 9 L. 52 pr. D. de pecul. (15, 1).

i) L. 11 pr. eod.

k) Dig. XV. 2.

l) L. 1 pr. §. 1—3 L. 5 §. 11—15 L. 11 D. de tribut. (14, 4).

m) L. 5 §. 4. 7 eod.

n) §. 5 I. quod cum eo (4, 7), L. 5 §. 7. 19 L. 16 D. de tribut. (14, 4).

o) L. 7 §. 1 sqq. L. 8. 12 eod.

a) Dig. XIV. 1: de exercitoria actione. XIV. 3: de institoria actione. Cod. IV. 25: de exercitoria et institoria actione. Vgl. Unterholzner, Schuldverh. I §. 196—198, vornehmlich aber Thöl, Handelsrecht (2. Ausg.) (1847) I §. 20—23.

b) L. 1—5 D. de inst. act. (14, 3), L. 7 §. 1. 2 L. 8. 11 §. 6 eod., L. 1 pr. §. 1—6 D. de exerc. act. (14, 1).

c) L. 1 §. 15. 25 eod. Auch den Vater, wenn der Sohn mit dessen Einwilligung exercitor ist, L. 1 §. 19. 20 eod.

d) Und zwar mit den Modificationen, die sie durch rechtswidriges Ver-

mäß[e]), und so lange sie nicht in gehöriger Art modificirt oder widerrufen ist[f]), geschlossen hat, in solidum. Die Klage gegen den Geschäftsherrn ist die actio institoria, im Fall der Schiffsführung actio exercitoria; das Recht gegen seinen Contrahenten, den institor oder magister zu klagen, ist dem Gläubiger dadurch nicht entzogen[g]), der Gewerbführer müßte denn ausdrücklich als solcher contrahirt, und der Gläubiger dagegen sein Recht sich nicht besonders vorbehalten haben[h]).

---

fahren des Gewerbführers erhalten, L. 5 §. 8 D. de instit. (14, 3), L. 5 §. 10 eod.: Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum. plane si adfirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. Das Verständniß dieser Stelle, welche verschieden erklärt worden ist (vgl. Thöl a. a. O. §. 33 Note 4), wird erst durch eine Emendation möglich, die wohl keinen Anstand finden wird: statt imperaret ist zu lesen imperarem, vgl. z. B. L. 26 pr. D. de operis lib. (38, 1). (Diese Erwartung des Vfs. ist nicht in Erfüllung gegangen. Vangerow, Leitfaden III. 476 hält die Conjectur für „ganz verfehlt und sinnentstellend." Ihm scheint es nicht zweifelhaft, daß der Meister, welcher seine Kunden in allgemeinen Ausdrücken ersucht, während seiner Abwesenheit bei seinen Lehrlingen Bestellungen zu machen, auch dann haftet, wenn der diebische Lehrling gar nicht mit deren Annahme beauftragt ist. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht erhellt aus L. 11 §. 5 D. h. t. Seiner eigenen Erklärung steht entgegen, daß discipulis suis imperare in diesem Verhältniß sprachlich nicht heißen kann „über seine Lehrlinge die Aufsicht führen". Vgl. auch Varro de re rust. I. 16. coloni potius habent vicinos, quibus imperant, medicos, fullones, fabros, quam in villa suos habeant. R.)

e) L. 1 §. 7—14 D. de exerc. (14, 1), L. 5 §. 11—15 L. 11 §. 5 D. de instit. (14, 3), L. 11 §. 2—4 eod. Substitutionsrecht, L. 1 §. 5 D. de exerc.

f) L. 34 §. 4 D. de solut. (46, 3), L. 11 §. 2. 5 L. 17 §. 4 D. de instit. (14, 3), L. 5 §. 17 L. 11 pr. 17 §. 3 eod., L. 41 D. de reb. cred. (12, 1).

g) L. 1 §. 17. 24 D. de exerc. (14, 1), L. 17 §. 1 L. 19 pr. 20 D. de instit. (14, 3).

h) Unrichtig ist nach gemeinem Recht die Beschränkung der Haftung des Contrahenten auf den Fall der Ueberschreitung seines Auftrags, und außer diesem Fall auf Vermittlung der Befriedigung durch den Principal. Weder L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1), noch L. 11 §. 7 D. de instit., die man dafür angeführt hat, enthalten etwas davon.

c. Verpflichtung durch freie Repräsentanten.

§. 279.

Außer den Fällen des §. 278[a]) wird aus den Geschäften, welche ein Procurator seiner Vollmacht gemäß geschlossen hat[b]), dem Gläubiger neben seiner Klage gegen jenen[c]) eine utilis actio gegen den Mandanten gegeben, quasi institoria, ad exemplum institoriae[d]). Ebenso haften juristische Personen aus den Geschäften ihrer Verwalter[e]), Mündel aus denen ihrer Vormünder[f]). Haben solche Bevollmächtigte einer Widerrechtlichkeit sich schuldig gemacht, oder sonst ihre Vollmacht überschritten, so haften die Domini wenigstens soweit sie dadurch bereichert sind[g]). Die Annahme dagegen, daß ohne alles Repräsentationsverhältniß eine Klage (s. g. utilis de in rem verso actio) bloß darum gegen jemanden stattfinde, weil durch den Contract Anderer seinem Vermögen etwas zugegangen sey, ist ein entschiedener Irrthum[h]).

---

a) L. 1 §. 4 D. de exerc. (14, 1), §. 2 I. quod cum eo (4, 7).

b) L. 5 §. 11. 12 D. de instit. (14, 3).

c) L. 67 D. de proc. (3, 3), L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1): Si se non obtulit procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur, si se obtulit, in ipsum dabitur. — (Diese Stelle übersieht Ruhstrat, Archiv für civ. Pr. XXX. 12 S. 346 ff. [1847], welcher das Recht des Geschäftsführers, die Execution in das eigene Vermögen abzulehnen, erst im heutigen Rechte finden will. Vgl. Thöl, Handelsrecht I §. 26 [2. Ausg.] [1847] und über das heutige Recht überhaupt: Buchka a. a. O. [§. 273 a] §. 21. Brinz, krit. Blätter No. 2 1852 S. 40. R.)

d) L. 10 §. 5 D. mand. (17, 1), L. 13 §. 25 D. de A. E. V. (19, 1), L. 6. 19 pr. D. de inst. (14, 3), vgl. L. 6 §. 1 L. 31 pr. D. de neg. gest. (3, 5).

e) Bey der Aufnahme eines Darlehens ist es nicht genug, daß es nominell für sie contrahirt sey, es muß auch wirklich für sie verwendet worden seyn, L. 27 D. de reb. cred. (12, 1), Nov. 120 c. 6 §. 3. (Diese Bestimmung enthält nichts Singuläres: Kleinschrod, über L. 27 D. de reb. cred. [12, 1] mit besonderer Beziehung auf Darlehen an Gemeinden nach R. R. [1851] S. 49. 56. R.)

f) L. 8 D. qu. ex facto tut. (26, 9), L. 3 C. eod. (5, 39), L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. quando ex facto tut., L. ult. D. si quis caut. (2, 11), L. ult. D. de adm. tut.

g) L. 15 pr. D. dolo m. (4, 3), L. 13 §. 7 D. de A. E. V. (19, 1), L. 3 D. quando ex facto tut. (26, 9).

h) S. z. B. L. 49 D. de cond. indeb. (12, 6): His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit (Modestin.).

D. Uebertragung von Obligationen.

§. 280.

Die Obligatio ist ein unübertragbares Rechtsverhältniß, sie läßt sich von der Person des Gläubigers oder des Schuldners nicht trennen ohne sie selbst aufzuheben (§. 291). Dieß schließt nicht den Uebergang auf Universalsuccessoren, wodurch eine Veränderung der Personen in der That nicht eintritt, wohl aber die Singularsuccession in Obligationen aus[a]).

Das Bedürfniß einer Uebertragung von Obligationen, welchem durch die Delegation, wodurch an die Stelle der alten eine neue Obligatio constituirt wird (§. 291), theils deshalb, theils wegen der Nothwendigkeit der Zustimmung aller betheiligten Personen nur unvollkommen genügt wird, — ein Bedürfniß, das sowohl in den Exigenzen des Verkehrs überhaupt, als auch darin seinen Grund hat, daß jemand oft in dem Fall ist, durch Bevollmächtigte Verträge schließen zu müssen (§. 273) — wird durch die Möglichkeit befriedigt, die Ausübung der Obligatio einem Andern zu übertragen[b]). Der Schuldner kann einen Stellvertreter bestellen, der

---

L. 13. 15 C. si certum pet. (4, 2), L. 13 C. de O. et A. (4, 10), L. 8 C. depos. (4, 34). Eine Klage gegen den Bereicherten setzt immer noch einen andern obligatorischen Grund voraus, und davon ist zu verstehen L. 7 §. 1 C. quod cum eo (7, 26): Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Vgl. L. 13 C. si certum pet. Die verschiedenen Meinungen s. bey Kämmerer, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VIII. 3. 4. 8 (1835).

a) L. 25 §. 2 D. de usufr. (7, 1): — non solet stipulatio semel quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem —. Gai. II. 38.

b) (Bei Schuldurkunden auf den Inhaber z. B. Wechseln, Staatsobligationen, Pfandbriefen, Actien, genügt dieser Ausweg nicht, weil der Ausübende sich die Einreden gegen den ursprünglichen Gläubiger gefallen lassen und alle Zwischencessionen beweisen müßte. Man hat daher die Obligatio hier so weit „verkörpert", daß man auf den Schuldschein die Tradition, die Publiciana und damit die Veräußerlichkeit und Verfolgbarkeit des Eigenthums anwendet. Nur insofern wird die Unterscheidung der Obligatio und ihrer Beweisurkunde fest gehalten, als mit dieser nicht auch jene untergeht. Dies Institut ist nicht römischen Ursprungs. Vgl. Bunder, Verkehr mit Staatspapieren 2. Ausg. 1830. Souchay im Archiv für civ. Pr. X, 5 [1827] und in der Zeitschr. für Civilr. V. 4 [1832], Schumm im Archiv

für ihn die Klage übernimmt, der Gläubiger einen, der die Forderung statt seiner geltend macht, und in beiden Fällen kann dieß so geschehen, daß der Procurator es für eigene Rechnung, procurator in rem suam ist, daß er also dort selbst die Bezahlung des Gläubigers übernimmt[c]), hier das von dem Schuldner Beigetriebene behält, wodurch in der That, auf eine der Natur der Obligationen entsprechende Weise, der Zweck einer Uebertragung, soweit ein wirkliches Bedürfniß dafür besteht, so vollkommen erreicht wird, als es durch die Uebertragung der Obligatio selbst, die dem Wesen dieses Rechtsverhältnisses widerspricht, geschehen könnte. Diese Bestellung eines procurator in rem suam von Seiten des Gläubigers heißt mandare, praestare, cedere actionem, Cession der Forderung, der Procurator Cessionar[d]).

Von der Cession der Forderungen[a]).

1. Act der Cession.

§. 281.

Die Cession gründet sich entweder auf ein Rechtsgeschäft, dessen Zweck es ist, einen Anspruch darauf zu geben (Kauf, Schenkung, Tausch, Verpfändung ꝛc.), oder auf einen Umstand, der den Gläubiger unabhängig von seinem Willen zur Abtretung der Forderung verpflichtet[b]); im ersten Fall nennt man sie voluntaria, im zweiten

für civ. Pr. XIII. Beilageheft 1830, Duncker in Reyscher und Wilda Zeitschrift V. 2 [1841], Thöl, Handelsrecht I [1841], §. 51—56, Savigny, Obl Recht. II [1853] §. 62—69. R.)

c) L. 10 §. 12 D. mand. (17, 1), L. 26 §. 2 D. de evict. (21, 2). (Ueber die weitere Entwickelung der passiven Cession in der Praxis vgl. besonders B. Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuß. Recht. 1853. R.)

d) Die Cession ist nicht auf persönliche Klagen beschränkt. Ferner nicht auf klagbare Forderungen. In der Cession liegt auch die Uebertragung der Geltendmachung durch exceptio, und es ist weder durch das geschriebene Recht, noch durch das Wesen der Cession die einer naturalis obligatio ausgeschlossen. vgl. L. 40 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Vgl. d'Avis und Arndts, Archiv für civ. Pr. XXXV. 5 [1852]. R.)

a) Dig. XVIII. 4. Cod. IV. 39: de hereditate vel actione vendita; Mühlenbruch, die L. von der Cession der Forderungsrechte 1817, 3. Aufl. 1836. Puchta in Weiske's Rechtslexicon: Cession (1839).

b) Die einzelnen Gründe der Verpflichtung kommen an den betreffenden Orten vor, s. z. B. §. 235 Note q, §. 272 Note f.

necessaria. Der Act der Cession aber selbst besteht, nach dem Begriff der Cession als Bestellung eines procurator in rem suam, in einem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Mandat des Cedenten an den Cessionar, welches möglicherweise schon in dem Rechtsgeschäft, das die Cession begründet, liegen kann[c]). Aber auch ohne Mandat kann die Cession geschehen (s. g. cessio legis), es wird ersetzt durch den Anspruch auf Cession, mit welchem, so wie seiner Geltendmachung nichts mehr entgegensteht, die Verpflichtung zur Cession also als eine gegenwärtig wirksame vorhanden ist, die Cession als geschehen angenommen, und dem Cessionar die Klage als utilis actio gestattet wird, mit andern Worten: der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht bloß durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zu sofortiger Cession ad causam legitimiren[d]). Setzt der Anspruch auf die Cession eine Erklärung des künftigen Cessionars voraus, so ist natürlich die Cession erst mit dieser geschehen[e]). Eine Einwilligung des Schuldners ist nie erforderlich[f]).

§. 282.

Von der causa cessionis hängen auch die Verbindlichkeiten des Cedenten gegen den Cessionar ab. Eine allgemeine ist, daß er der Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nichts in den Weg lege, ja sie, so viel an ihm liegt, möglich mache[g]). In der Regel haftet der Cedent für die Existenz der Forderung, debitorem esse, nicht aber für die Güte der Forderung, locu-

---

c) Streitfrage: ob der Rechtssatz, welcher den Uebergang des Eigenthums in Folge eines Kaufs suspendirt (§. 148 Note g), auch auf den Forderungskauf Anwendung finde? Puchta a. a. O. S. 640 f.

d) S. z. B. L. 28. 55 D. de procur. (3, 3).

e) L. 76 D. de solut. (46, 3): (Modestinus) respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ex cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quae fuit, peremta videatur.

f) L. 1 C. de novat. (8, 42).

g) Vgl. L. 6. 14 pr. 23 D. h. t. (18, 4).

pletem esse debitorem[h]); eine Modification dieser Grundsätze kann durch die besondere Beschaffenheit der causa cessionis herbeigeführt werden[i]).

2. Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner.

§. 283.

Der Cedent ist auch nach der Cession noch Gläubiger, und kann als solcher gegenüber dem Schuldner handeln[a]), bis der Cessionar mit dem Schuldner litem contestirt und durch die darin enthaltene Novation das Forderungsrecht des Cedenten aufgehoben hat[b]). Es ist aber noch ein anderes als dieses äußerste Mittel gegeben, die fortdauernde Einwirkung des Cedenten auf die Obligatio auszuschließen, die (gleichzeitige oder nachfolgende) Benachrichtigung des Schuldners von der Cession[c]). Der Schuldner wird von da an gegen die Ansprüche des Gläubigers geschützt[d]).

3. Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner.

§. 284.

Die Stellung des Cessionars ist durch den Begriff der Cession gegeben, sie beruht auf zwey zusammenwirkenden Momenten: sein Verhältniß ist die Ausübung einer fremden Forderung (er ist procurator), aber diese Ausübung ist sein eigenes selbstständiges Recht (er ist procurator in rem suam).

Er macht die Forderung mit allen ihren Accessionen geltend,

---

h) L. 4. 5 eod., L. 30 D. de pign. (20, 1), L. 74 §. 3 D. de evict. (21, 2).

i) So eine Nichthaftung für die Existenz, L. 31 pr. D. de A. E. V. (19, 1), L. 18 §. 3 D. de donat. (39, 5), L. 75 §. 1. 2 D. de leg. I. (30): Haftung für die Güte, vgl. Puchta a. a. O. S. 653 f.

a) L. 3 C. mand. (4, 35), L. 3 C. de novat. (8, 42) vgl. L. 55 D. de proc. (3, 3).

b) L. 3 C. de nov. (8, 42), L. 11 §. 1 D. eod. (46, 2): Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem. L. 2 C. de O. et A. (4, 10).

c) L. 4 C. quae res pign. (8, 17). Bey der in dem Verkauf einer Erbschaft liegenden Cession, wie bey der Restitution eines Universalfideicommisses, bedarf es nicht einmal der Benachrichtigung, die irgendwie erlangte Kenntniß des Schuldners hat dieselbe Wirkung, L. ult. D. de transact. (2, 15), Mühlenbruch, Cession S. 494.

d) L. 16 pr. D. de pact. (2, 14), L. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7).

die sie bis zur Cession erhalten hat[a]), sey es durch Handlungen des Cedenten oder ipso iure, durch ius commune oder ius singulare, durch privilegia causae oder personae[b]). Das der Forderung im Fall des Concurses zukommende privilegium exigendi erwirbt der Cessionar eintretenden Falls, wenn es ein privilegium causae ist[c]), ein privilegium exigendi personae hat er nicht aus der Person des Cedenten[d]). Nach demselben Princip hat der Schuldner die Einreden gegen den Cedenten auch gegen den Cessionar, vorausgesetzt daß sie gegen den Cedenten als Gläubiger gerichtet sind und daß ihre Begründung dem Zeitpunkt, wo der Schuldner zu dem Cessionar in ein ausschließliches Verhältniß trat (§. 283), zuvorgekommen ist[e]).

Ist der Cessionar eine privilegirte Person, so steht der Anwendung der die Obligatio selbst nicht betreffenden Privilegien (z. B. der processualischen) nichts entgegen, ausgeschlossen aber ist die Anwendung der die Forderung selbst modificirenden, so lange diese nicht (durch Litiscontestation und Urtheil) seine eigene geworden ist[f]).

---

a) L. 23 pr. D. h. t. (18, 4), L. 6. 7 C. de O. et A. (4, 10), L. 14 C. de fidei. (8, 41). Auch das nach der Cession von dem Cedenten erworbene Pfandrecht, L. 6 D. h. t.

b) L. 24 pr. D. de minor. (4, 4), L. 43 D. de usur. (22, 1), L. 2 C. de his qui in prior. (8, 19).

c) L. 2 D. de cess. bon. (42, 3), L. 24 §. 3 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

d) L. 42 D. de adm. tut. (26, 7): Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit, in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. L. 68 D. de R. I. (50, 17). Von dem privilegirten Pfandrecht, wovon kein Schluß auf das privilegium exigendi zuläßig ist, spricht L. 7 C. de priv. fisci (7, 73): Si in te ius fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satis faciebas, tibi competens iudex adscripsit et transtulit, ab his creditoribus quibus fiscus potior habetur, res quas eo nomine tenes, non possunt inquietari. S. über diese Streitfrage Puchta a. a. O. S. 657 f.

e) Vgl. Francke, Archiv für civ. Pr. XVI. 15. In dem geschriebenen Recht ist dieser Punkt nicht ausdrücklich entschieden. Ueber die Widerklage s. L. 33 §. 5 L. 34. 70 D. de proc. (3, 3). Puchta a. a. O. S. 663.

f) Unanwendbar auf diese Frage ist L. 38 pr. D. de minor. (4, 4). Mit dem Princip der obigen Entscheidung im Einklang, wenn sie auf die Cession zu beziehen wäre, würde seyn L. 6 pr. D. de iure fisci (49, 14):

4. Beschränkungen der Cession.

§. 285.

Was cedirt wird, ist die Forderung (actio), nicht der Grund derselben, das obligatorische Verhältniß (daher denn auch der Grund der Forderung für ihre Cessibilität gleichgültig ist). Daß daher zwar die actio emti oder venditi, locati oder conducti, nicht aber die Obligatio aus dem Kauf- oder Miethvertrag selbst, daß ferner zwar die actio pro socio, mandati, die Alimentenklage, nicht aber die Alimentenberechtigung, das Mandats- und Societätsverhältniß als dauernde Quelle von Forderungen, cedirt werden kann, ist keine besondere Beschränkung der Cession, sondern eine in ihrem Begriff liegende.

Ferner ist die Cession aus Gründen, die in ihrer sonstigen Natur gegeben sind, in gewissen Fällen ausgeschlossen, die sich folgendergestalt classificiren: 1) Das Resultat der Cession ist die gerichtliche Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar gegen den Schuldner, daher kann sie nicht geschehen an eine Person, die in der väterlichen Gewalt des Schuldners steht, oder diesen in ihrer väterlichen Gewalt hat, weil zwischen dem Gewalthaber und dem Unterworfenen kein Rechtsstreit möglich ist[a]); 2) der Cessionar kann die Forderung nicht aus eigenem Rechte haben, daher kann eine Popularklage nicht einem andern Bürger cedirt werden[b]); 3) durch die Cession darf die Forderung nicht verändert werden, sie ist ausgeschlossen, wo die Geltendmachung durch einen Andern für eigene Rechnung diese Folge haben würde; dieß würde der Fall seyn bey Popularklagen, wenn sie einem Fremden cedirt würden, eben so bey der Cession der Injurienklage und anderer actiones vindictam spirantes, der Forderung auf Bestellung einer Personalservitut, und andere Leistungen, auf deren Inhalt die

---

Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur, ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est, puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.

a) L. 7 D. de O. et A. (44, 7), L. 4 D. de iud. (5, 1).

b) L. 5 D. de pop. act. (47, 23).

Beschaffenheit des Empfängers Einfluß hat. Eine accessorische Forderung kann nur so cedirt werden, daß dem Cessionar zugleich die Geltendmachung der Hauptforderung, wenn auch nicht selbstständig, doch soweit sie in der accessorischen nothwendig mit geschieht, übertragen wird.

Endlich aber sind noch singuläre Beschränkungen der Cession eingeführt, vornehmlich um einer Verschlimmerung der Lage des Schuldners durch dieses Geschäft, soweit sie nicht schon durch Begriff und Wesen des Instituts beseitigt ist, vorzubeugen: 1) Die Cession von Forderungen gegen bevormundete Personen an die Vormünder derselben ist nicht bloß nichtig, sondern die Forderung selbst wird dadurch zum Vortheil des Schuldners aufgehoben[c]). 2) Das Verbot der Veräußerung litigioser Sachen ist auf die Cession litigioser Forderungen ausgedehnt worden, mit Ausnahme der Cessionen bey Bestellung einer Dos oder donatio propter nuptias, bey einem Vergleich, bey einer Erbtheilung und in Folge eines Vermächtnisses, Fälle, in denen der Verdacht einer Gefährdung des Schuldners wegfällt[d]). 3) Die Cession an eine einflußreichere Person ist verboten, wenn sie in der Absicht geschieht, den Schuldner durch die Vorschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachtheiligere Lage zu versetzen[e]). Diese Absicht wird entschieden vorhanden seyn, wenn die Cession nur eine simulirte ist, um den Beistand des Mächtigeren zu gewinnen, aber auch eine wirkliche Cession schließt jene Absicht und damit die Anwendung des Gesetzes nicht aus[f]). Die Wirkung des Verbots ist Nichtigkeit der Cession und Aufhebung der Forderung, zu wessen Gunsten ist streitig, da Manche die Forderung dem Fiscus zuzusprechen geneigt sind. Ohne Grund, indem das Gesetz den Verlust der Forderung ohne weiteren Zusatz ausspricht, also nichts anderes als die Befreiung des Schuldners festsetzt; eine Forderung aufheben, heißt einfach, den Schuld-

---

c) Nov. 72 c. 5. Zu mißbilligen sind die verschiedenen Versuche der Einschränkung, die man gemacht hat, theils hinsichtlich der Fälle, theils hinsichtlich der Wirkung (es bleibe eine naturalis obligatio zurück).

d) L. 2—4 C. de litig. (8, 37). (Spangenberg, Archiv für civ. Praxis IX. 24 [1826]. Zimmermann, daselbst XXXV. 13 [1852]. R.)

e) Cod. II. 14: ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre.

f) L. 2 C. eod.

ner befreien [g]). 4) Dieselbe Bedeutung und Wirkung hat das reichsgesetzliche Verbot der Cession der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen (der als potentior betrachtet wird) [h]). 5) Wichtiger als alle diese ist die von Kaiser Anastasius eingeführte Beschränkung, nach welcher ein Cessionar, der die Forderung gekauft hat, nicht mehr einklagen soll, als er selbst dafür gegeben hat (lex Anastasiana) [i]). Die Intention des Gesetzes ist, den Handel mit Forderungen, der so oft zum Nachtheil der wahren oder angeblichen Schuldner ausschlägt, unmöglich zu machen; daher sind die Cessionen bey Gelegenheit einer Auseinandersetzung unter Communionsinteressenten, bey der datio in solutum, bey der Abfindung eines Gläubigers durch den Pfandbesitzer im Gesetz ausgenommen,

---

g) Dieß ist auch der Entscheidung eines anderen Falles gemäß, wo noch eher ein Zweifel möglich war, L. ult. D. de litig. (44, 6): — Sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo quod potentiori adversario traditus est.

h) R. A. 1551 §. 78. 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 4. Vgl. Glück, Comment. XVI S. 431—33.

i) L. 22 C. mand. (4, 35): Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus, in posterum huiusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit, et his quascunque vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his quas inter legatarios seu fideicommissarios quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicut[1] superius declaratum est, magis exsistit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam immutatione obtineant. Puchta a. a. O. S. 647—51.

und eben so sind die Cessionen von Forderungen auszunehmen, welche bey ihrer Contrahirung schon die Bestimmung, Gegenstände des Handels zu werden, erhalten haben (wie Wechselforderungen und Staatsobligationen). Die Wirkung des Gesetzes ist, daß der Cessionar nicht mehr einklagen kann, als er für die Forderung gegeben hat, die Ausflucht der theilweisen Schenkung soll nicht gehört werden.[k]).

Der Einwand, welchen der Schuldner gegen die Klage des Cessionars hat, steht auch einem zweiten Cessionar aus der Person des ersten entgegen[l]). Die Beweislast bestimmt sich nach den gewöhnlichen Regeln, bey dem Einwand aber des anastasischen Gesetzes ist die gewöhnliche Ansicht, die dem Cessionar auferlegt, zu beweisen, daß er, so viel er einklagt, auch gegeben habe (vorausgesetzt daß der Kauf als causa cessionis feststeht), nach der Intention des Gesetzes durchaus zu billigen[m]).

V. Aufhebung der Obligatio[a]).

§. 286.

Die durch den Inhalt jeder Obligatio selbst gegebene Art ihrer Aufhebung ist die durch Leistung des geschuldeten Gegenstands; eine gleiche Wirkung müssen wir der Befriedigung des Gläubigers überhaupt, unter welchen allgemeineren Begriff auch jene Leistung fällt, zuschreiben. Aber auch ohne Befriedigung des Gläubigers kann die Obligatio aufgehoben werden, theils mit, theils ohne seinen Willen, und hier aus Gründen, die entweder bey allen, oder nur bey gewissen Obligationen vorkommen können.

Die Aufhebungsgründe zerstören entweder die Obligatio ipso

k) L. 23 C. eod.

l) Dagegen Arnold, prakt. Erörterungen I. 13 (1844) scheinbar mit Recht, wenn man erwägt, daß dem Schuldner keine Einrede aus der Person des ersten Cedenten zugestanden werden kann, zu welchem er in kein bestimmtes Verhältniß getreten war. Anders aber stellt sich die Sache, wenn das Cessionsverbot als Strafgesetz aufgefaßt wird, dessen Folge durch die verbotene Cession schlechthin und unveränderlich eingetreten ist.

m) Dagegen Burchardi, Archiv für civ. Pr. XVI. 8 (1835); mit Unterscheidung der exceptio legis Anastasianae als Einwand der mangelnden Sachlegitimation und als Einrede der Verwirkung der Forderung: Brackenhoeft, das. XXIII. 6 (1840). (Herrmann, das. XXXI. 3 [1848]. R.)

a) Inst. III. 29: quibus modis tollitur obligatio.

iure, so daß mit ihrem Eintritt keine Obligatio mehr vorhanden ist, oder ope exceptionis, so daß sie dem Schuldner eine Einrede geben, durch die er die Forderung zurückweisen kann. Dieser Unterschied ist keiner des Grades, in beiden Fällen kann die Obligatio ganz zerstört werden (und dieß ist die Regel),[b]) oder nur der civile Theil derselben, so daß naturalis obligatio manet[c]); sondern ein Unterschied in der Herbeiführung dieser Wirkung. Die Aufhebung ope exceptionis besteht in einem dem Schuldner zustehenden Recht, welches die Forderung unwirksam macht; dieses Recht kann möglicherweise wegfallen, und dadurch die Forderung, die noch nicht actuell aufgehoben war, wieder wirksam werden[d]).

---

b) L. 26 §. 3. 7 D. de cond. indeb. (12, 6).

c) L. 2 §. 2 D. de cap. min. (4, 5), L. 19 pr. 60 pr. D. de cond. indeb. (12, 6). (Wann die stärkere oder schwächere Wirkung eintritt, ist nach der Natur der einzelnen Exceptionen zu beurtheilen, vgl. z. B. L. 40 pr. D. de condict. indeb. [12, 6], die man deshalb nicht generalisiren darf. Im Allgemeinen läßt sich die stärkere Wirkung behaupten, wenn die exceptio mit dem ius gentium [der naturalis ratio oder aequitas] übereinstimmt. Savigny, System V §. 249, Obl. Recht I §. 13 S. 115 ff. Vgl. L. 66 D. de R. I. [50, 17] Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. Die Mißverständnisse dieser Stelle [z. B. von einer Exception, der keine Replik entgegenstehe: Kierulff, Theorie S. 185, Fein, Archiv XXVI. S. 388] rühren daher, daß man den Zusammenhang dieses Ausspruchs ignorirte. Er bezieht sich [nach der Inscription: Iulianus lib. LX. digestorum] ebenfalls zunächst nur auf eine einzelne Einrede: die exceptio legis Cinciae, welche, sofern sie auf einer lex beruhte, iusta, wegen ihres Schutzes der Cognaten aber naturalis war. R.)

d) L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14): Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur. et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti. non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod et in specie dotis actionis procedere potest, puta pactam

In vielen Fällen liegt der Grund, warum einem Umstand im R. R. die Wirksamkeit ipso iure versagt ist, nur in dem Verhältniß der verschiedenen Rechtsquellen zu einander, welches für das heutige Recht nicht mehr diese unmittelbare praktische Bedeutung hat. Anders da wo aus materiellen Gründen der zweite Weg der Aufhebung festgesetzt worden ist[e]).

Jede Aufhebung der Obligatio hat eine Befreiung des Schuldners zur Folge. Aber es ist auch, ohne daß eigentlich die Obligatio selbst und unmittelbar aufgehoben wird, eine Befreiung möglich, welche freilich, wenn nur Ein Schuldner ist, dieselbe Wirkung hat, nicht so aber, wenn der befreite nicht der einzige Schuldner war, also bey der Correalobligation[f]).

Solutio[a]).

1. Eigentliche Zahlung.

§. 287.

Eigentliche Zahlung ist die Leistung dessen, was geschuldet wird (§. 239. 240), in dieser Absicht[b]), an den Gläubiger unmittelbar oder dessen verus procurator[c]), oder an die Person, an die außer dem Gläubiger die Zahlung dem Schuldner contractmäßig zusteht

---

mulierem, ut praesente die dos redderetur, deinde pacisci ut tempore ei legibus dato dos reddatur, incipiet dos redire ad ius suum, nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum. quotiens enim ad ius quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. Haec et Scaevolae nostro placuerunt (Paul.). L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3): Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. ideoque fideiussor quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur (Papin.).

e) Ob die Exceptio vor dem Prätor vorgeschützt werden mußte, um in die Formel gesetzt zu werden, oder ob sie auch ohne dieß bey dem Richter gebraucht werden konnte z. B. pacti, doli exceptio inest bonae fidei iudiciis, L. 3 D. de resc. vend. (18, 5), L. 21 D. sol. matr. (24, 3), ist ein rein processualischer Unterschied. Materiell ist die eine so gut eine Exceptio als die andere.

f) §. 235 Note l.

a) Dig. XLVI. 3. Cod. VIII. 43: de solutionibus et liberationibus.

b) L. 14 §. 8 L. 55 D. h. t.

c) L. 12 pr. §. 4 L. 14. 15 eod.

(solutionis causa adiectus), vorausgesetzt daß sie nicht eine den Gläubiger gefährdende Veränderung der persönlichen Stellung erlitten hat[d]). Daß die Zahlung von dem Schuldner geschehe, ist an sich nicht wesentlich[e]). Die Zahlung kann durch (gerichtliche) Deposition der Leistung geschehen, wenn sie an den Gläubiger nicht, oder nicht mit Sicherheit möglich ist[f]), ja unter Umständen kann der Schuldner sich der zu leistenden Sache sogar ohne Deposition entledigen[g]). Wenn der Schuldner eine Zahlung macht, die nicht zur Tilgung aller seiner Schulden gegen den Empfänger hinreicht, so kann er selbst bey der Zahlung bestimmen, welche Schuld er abträgt[h]), thut er es nicht, so kann der Gläubiger es in continenti bestimmen, willkürlich, wenn der Schuldner es sich gefallen läßt, außerdem aber wie es dem Schuldner selbst am vortheilhaftesten ist[i]). Ohne eine solche Bestimmung ist das Gezahlte zuerst auf die Zinsen, sodann auf das Capital abzurechnen[k]), sodann ist die fällige Schuld vor der nicht fälligen[l]), ferner die lästigere vor der weniger lästigen als bezahlt anzunehmen, z. B. die sub poena, die verbürgte, die mit Pfand versehene, die eigne vor der Bürgschaftsschuld u. s. f.[m]); entscheidet dieß nicht, die ältere[n]), und im äußersten Fall endlich jede pro

d) L. 106 D. eod.: Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. Nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest, cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur. L. 9 pr. 10. 12 §. 1. 3 L. 38 pr. eod., L. 56 §. 2 L. ult. §. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 23 D. de fidei. (46, 1). Vgl. Brandis, Rhein. Museum V. 11.

e) L. 23. 40. 53 D. h. t. (46, 3).

f) L. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 18 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 6. 19 C. eod. (4, 32), L. 8 C. de distr. pign. (8, 28). (Eine fleißige Erörterung dieses Punkts enthält die Inauguraldissertation von Ferd. Müller, de depositione iudiciali iuris romani. 1847. R.)

g) L. 1 §. 3 D. de peric. (18, 6).

h) L. 1. 101 §. 1 L. 102 §. 1 D. h. t. (46, 3).

i) L. 1—3 pr. eod. Ueber die scheinbar widersprechende L. 2 D. h. t. vgl. Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmaterien 1852 No. 4. R.)

k) L. 5 §. 2 eod., L. 1 C. eod. (8, 43).

l) L. 3 §. 1 L. 103 D. eod. (46, 3).

m) L. 4. 5 pr. 97 eod.

n) L. 5 pr. eod.

rata[o]). Ein größerer Spielraum ist dem Gläubiger gegeben, wenn er sich selbst aus dem Erlös eines für mehrere Forderungen ohne nähere Bestimmung gegebenen Pfands bezahlt[p]). Zuerst rechnet er auf die Zinsen ab[q]), sodann auf die Capitale, nach seiner Wahl, nichtklagbare wie klagbare. Nur wird eine gleichzeitige Bestellung des Pfandrechts für mehrere Forderungen als eine pro rata genommen, weshalb hier ohne Wahl der Erlös an jeder pro rata abzurechnen ist[r]).

Die Zahlung muß von dem Alleganten bewiesen werden, nur giebt es Präsumtionen, die dieses Beweises überheben: Zurückgabe des Schuldscheins an den Schuldner[s]), Zeichen an demselben, wie sie bey Tilgung der Forderung vorzukommen pflegen[t]); Quittungen über die drey letzten Termine lassen die Zahlung der früheren vermuthen[u]). In diesen Fällen hat also der Gläubiger die gegenwärtige Fortdauer der Obligatio zu beweisen. Auf der andern Seite ist der Beweis der Zahlung durch folgende Rechtssätze erschwert. Eine in der Absicht, diesen Beweis zu gewähren, ausgestellte Urkunde, Quittung[v]), hat erst nach Ablauf von dreißig Tagen seit der Ausstellung Beweiskraft, bis dahin kann diese mit der querela non numeratae pecuniae (non solutae pecuniae) beseitigt werden[w]). Von dieser Beschränkung sind Quittungen über

---

o) L. 8 eod.

p) L. 101 §. 1 eod.

q) L. 5 §. 2 eod., L. 35 D. de pign. act. (13, 7).

r) L. 96 §. 3 D. h. t. (46, 3).

s) L. 2 §. 1 D. de pact. (2, 14), L. 14. 15 C. h. t. (8, 43).

t) L. 24 D. de probat. (22, 3).

u) L. 3 C. de apochis publ. (10, 22). Vgl. Gesterding, Archiv für civ. Pr. IV. 3.

v) L. 19 §. 1 D. de accept. (46, 4): Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias quam si pecunia soluta sit. (Pflicht zur Ausstellung einer Quittung: Busch, Archiv für civ. Pr. XXX. 1 S. 1—12 [1848]. R.)

w) L. 14 §. 2. 3 C. de non num. pec. (4, 30): Super ceteris vero securitatibus quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneraticia cautione apud creditorem manente solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneraticii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque con-

öffentliche Prästationen[x]), nach der Praxis überhaupt Quittungen, die öffentliche Urkunden sind, befreit. Die Zahlung einer schriftlich contrahirten Schuld soll in Ermangelung einer Quittung zwar durch Zeugen, aber (wenn es sich nicht etwa um eine durch Zufall verlorene Quittung handelt) nur durch fünf vollkommen glaubwürdige, bey der Zahlung oder dem mündlichen Empfangsbekenntniß gegenwärtig gewesene, bewiesen werden können[y]).

2. Uneigentliche Zahlung.

§. 288.

Das Factische der Zahlung, daß der Gläubiger das ihm Geschuldete erhält, so daß ihm nichts abgeht, kann eintreten, ohne daß die Erfordernisse der eigentlichen Zahlung vorhanden sind; auch in diesem Fall wird der Schuldner befreit[a]). So wenn der Gläubiger des Gläubigers befriedigt worden ist, vorausgesetzt daß dadurch kein rechtliches Interesse des letzteren verletzt ist[b]), wenn die Zahlung dem Negotiorum Gestor des Gläubigers[c]), ferner

---

tractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias vel alias res, vel partem earum significantes, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obiici, ut si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere. Illo videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat. Ein sehr verbreiteter Irrthum legt der Quittung nach Ablauf der Zeit mehr als Beweiskraft bey. (Vgl. jedoch §. 305 Note r. R.)

x) L. 14 §. 1 C. eod., L. 4 C. de apoch. publ. (10, 22).

y) L. 18 C. de testib. (4, 20), Nov. 90 c. 2. (Ungenau ist die daraus gezogene Auth. rogati C. de testib.)

a) L. 61 D. de solut. (46, 3): In perpetuum quotiens id quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. L. 14 §. 8 eod.: Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est, sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt. plane si fuerint consumti, liberabitur.

b) L. 6 D. de doli m. exc. (44, 4), vgl W. Müller, Archiv für civ. Pr. XV. 11. (Busch, Archiv für civ. Pr. XXX. 1. S. 12—20 [1848]. R.)

c) L. 34 §. 4 L. 58 pr. D. de solut. (46, 3).

wenn sie seinem Erblasser geschehen ist[d]), sodann wenn der Gläubiger die ex lucrativa causa geschuldete Sache anderswoher ex lucrativa causa erhalten hat[e]). Hieher gehört endlich die freiwillige Compensation durch Uebereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner[f]).

Compensatio[a]).

§. 289.

Eine Gegenforderung kann gegen die geltendgemachte Forderung in Aufrechnung gebracht werden[b]), nicht bloß wenn jene aus demselben obligatorischen Verhältniß wie diese, sondern auch wenn sie ex dispari causa herrührt[c]), hier aber setzt die Compensation, außer der Existenz der Forderung[d]) des Beklagten gegen

---

d) L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7).

e) S. g. concursus causarum lucrativarum, §. 6 I. de legat. (2, 20), L. 17 D. de O. et A. (44, 7): Omnes debitores qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. L. 19 eod., L. 34 §. 2 D. de leg. I. (30), L. 83 §. 6 D. de V. O. (45, 1). Ein eigenes Buch hat über diesen Gegenstand geschrieben W. Sell, über die römischrechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch conc. duar. caus. lucr. 1839.

f) L. 4 D. qui potior. (20, 4), L. 76 D. de V. S. (50, 16).

a) Dig. XVI. 2. Cod. IV. 31: de compensationibus. Hasse, über die Compensation und ihre Liquidität, Archiv für civ. Pr. VII. 9 (1824). Bethmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation, Rhein. Museum I S. 257 ff. (1827). Krug, die Lehre von der Compensation 1833. Derselbe, Archiv für civ. Pr. XXV S. 211 ff. (1842). (Tellkampf, Archiv für civ. Pr. XXIII. 14 [1840]. Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XVIII. 1 [1843]. Hartter, daselbst XIX. 6 [1844]. Jetzt vorzüglich die scharfsinnigen und eindringenden Untersuchungen von Brinz, die Lehre von der Compensation. 1849. [Dagegen: Juhr im Archiv für prakt. Rechtswiss. 1853. I Num. 16 S. 120–156.] v. Scheurl, Beitr. [1852] No. 7 S. 149 bis 189. H. Dernburg, die Compensation nach röm. Recht mit Rücksicht auf die neuern Gesetzgebungen. 1854. R.)

b) L. 1 D. h. t. (16, 2): Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 3 eod., L. 173 §. 3 D. de R. I. (50, 17): Dolo facit qui petit quod redditurus est.

c) Paul. sent. II. 5. 3.

d) L. 6. 9 pr. 14 D. h. t. (16, 2), L. 2 C. eod. (4, 31): Ex causa quidem iudicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est. L. 8

den Kläger[e]), der Compensabilität des Gegenstandes[f]), der Zahlbarkeit der Forderung[g]), auch noch ihre Liquidität voraus, d. h. die Feststellung ihrer Existenz und ihres Inhalts darf nicht so bedeutend längere Zeit, als bey der eingeklagten, in Anspruch nehmen, daß diese Hemmung der letzteren als ungerecht erscheint[h]). Unter Voraussetzung dieser Erfordernisse ist die Compensation gegen jede Forderung, von welcher Art sie seyn möge, zuläßig[i]), mit Ausnahme der actio depositi[k]), der Klage auf Restitution gegen den widerrechtlichen Besitzer einer fremden Sache[l]), die Klage des (Staats- oder städtischen) Fiscus auf den Kaufpreis einer von ihm verkauften Sache, auf Zurückzahlung eines Darlehens, Restitution eines Fideicommisses, Leistung öffentlicher Abgaben irgend einer Art[m]).

§. 290.

Forderung und Verbindlichkeit derselben Person gegen dieselbe sind neben einander denkbar. Daß also der Gläubiger hinwiederum

---

D. eod.: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio denegetur.

e) L. 16 pr. 18 §. 1 L. 23 eod., L. 9 C. eod. (4, 31), L. 1 C. eod.: — compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit, atque hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est —. Ueber die Compensation im Concurse vgl. Bayer, Theorie des Concursproc. §. 33. Krug, Compens. §. 68. 69. (v. Scheurl, Beitr. S. 172 f. R.)

f) Vgl. Gai. IV. 66. Paul. II. 5, 3.

g) L. 7 pr. 16 §. 1 D. h. t. (16, 2). Ortsverschiedenheit hindert die Compensation nicht, L. 15 eod.

h) L. ult. §. 1 C. h. t. (4, 31), L. 46 §. 4 D. de iure fisci (49, 14). (Zusammenhang der Liquidität mit L. 14 C. de sent. [7, 45]: Brinz a. a. O. S. 130 f. Beschränkung auf nicht verwandte und ungleichartige Gegenansprüche: Brinz S. 152. v. Scheurl, Beitr. S. 174—182. R.)

i) L. 10 §. 2. 3 D. h. t. (16, 2), L. ult. pr. C. eod. (4, 31).

k) L. 11 C. depos. (4, 34), §. 30 I. de act. (4, 6). (Ebenfalls unter Beschränkung auf Gegenansprüche ex alia causa et dispari specie, L. 23 D. depos. [16, 3]. v. Scheurl, Beitr. S. 183 f. R.)

l) L. ult. §. 2 C. h. t. (4, 31).

m) L. 3. 7 C. eod., L. 20 D. eod. (16, 2), L. 46 §. 5 D. de iure fisci (49, 14). Außerdem ist das Compensationsrecht gegen den Fiscus wenigstens dadurch beschränkt, daß die Gegenforderung innerhalb zweier Monate bewiesen werden muß, L. 46 §. 4 eod. Dieß hängt zusammen mit der Frist von drey

Schuldner seines Schuldners ist, afficirt an sich die Existenz seiner Forderung nicht; die Entstehung der compensablen Gegenforderung hebt die Forderung nicht ipso iure auf. Allerdings ist der Gläubiger, der dasselbe schuldet, als befriedigt anzusehen, aber dieses muß, aus jenem Grunde, durch einen besondern Act in Wirksamkeit gesetzt werden, durch Uebereinkunft bey der freiwilligen Compensation (§. 288 a. E.) oder durch einseitige Geltendmachung gegen die Klage des Gläubigers durch den Schuldner, ope exceptionis. Es soll aber die Forderung, die Geltendmachung und Zuläßigkeit der Compensation vorausgesetzt, als von selbst um den Betrag der Gegenforderung von der Entstehung dieser an gemindert, gleich als wenn jener Act schon damals eingetreten wäre[n]), und überhaupt so betrachtet werden, als sey sie ipso iure (ganz oder theilweise) getilgt[o]). Ist die Compensation versäumt worden,

---

oder zwey Monaten, die der Richter den Schuldnern des Fiscus gewähren kann, L. 45 §. 10 eod.

n) L. 11 D. h. t. (16, 2), L. 4 C. eod. (4, 31): Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem (compensatione eam: Brinz a. a. O. S. 22. R.) haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. (Die Stelle fingirt keineswegs, daß „von selbst", sondern nur daß früher compensirt wird und auch das nur in Bezug auf den Zinsenlauf. Brinz S. 23. R.)

o) L. 4 D. eod.: Verum est quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest. L. 21 eod.: Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato caveri, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. §. 30 I. de action. (4, 6): In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis iudiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque —. (Im Widerspruch mit der auch im Texte angenommenen herrschenden Lehre führt Brinz a. a. O. §. 5—24 aus: 1) daß

so kann dieß dem Berechtigten die condictio indebiti geben[p]), ist sie vom Richter verworfen, so hängt die Wirkung dieser Zurückweisung von ihrem Grunde ab[q]).

Novatio[a]).

§. 291.

Der Gläubiger kann mit seiner Zustimmung auch dadurch befriedigt werden, daß ihm statt der bisherigen Forderung eine andere, gegen denselben Schuldner oder einen Andern gegeben wird. Diese Tilgung einer Obligatio durch Constituirung einer neuen, die an die Stelle jener tritt, heißt novatio (voluntaria)[b]); sie schließt eine doppelte Wirkung in sich, Aufhebung der alten Obligatio mit allen ihren Accessionen[c]) und Entstehung einer neuen, von denen aber die erste möglicherweise auch ohne die zweite eintreten kann[d]). Eine Bedingung für die neue Obligatio macht die Novation selbst, also auch die Aufhebung der alten, zu einer beding-

---

die Compensation nie und in keiner Weise von selbst eintritt, 2) daß per exceptionem nicht compensirt werden kann — die exceptio doli in L. 2 D. h. t. ist nach L. 21 cit. aufgehoben. Vgl. jedoch über den zweiten Punkt v. Scheurl, Beitr. S. 159—169. 186—189. Keller, röm. Civilproceß [1852] §. 36 S. 150 ff. Eine blos rechtshistorische Bedeutung hat der Satz, daß ipso iure compensirt wird nach Dernburg a. a. O. [Note a] S. 312, er sagt nur, daß die Compensation nicht mehr vom billigen Ermessen des Richters oder von besondern Umständen abhänge, sondern ein allgemeines nach den Grundsätzen des Rechts selbst eintretendes Parteienrecht geworden sei R.)

p) L. 10 §. 1 D. h. t. (16, 2), L. 30 D. de cond. ind. (12, 6): Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. (Die condictio indebiti entspringt nicht aus der [stillschweigenden oder schon geschehenen] Compensation, sondern aus dem Recht zur Compensation. Brinz §. 7. 50. R.)

q) L. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 §. 1 D. h. t. (16, 2).

a) Dig. XLVI. 2. Cod. VIII. 42: de novationibus et delegationibus. (Fein, Beitr. zu der Lehre von der Novation und Delegation. 1850. R.)

b) L. 1 pr. D. h. t.

c) §. 3 I. quib. mod. toll. obl. (3, 29), L. 18. 27 D. h. t. (46, 2).

d) §. 3 I. cit., L. 1 §. 1 D. h. t: — dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

ten[e]). Die Novatio setzt voraus 1) eine bestehende Obligatio[f]; 2) Contrahirung einer neuen an der Stelle jener, also mit der Absicht sie aufzuheben, animus novandi[g]); dieser animus soll nicht präsumirt werden[h]); 3) Berechtigung zur Novation, namentlich von Seiten des bisherigen Gläubigers; noviren kann der, an welchen die eigentliche Zahlung möglich ist, mit Ausnahme des solutionis causa adiectusi[i]), der Filiusfamilias in Beziehung auf eine Peculiarforderung nur vermöge specieller Autorisirung oder genereller Verleihung unbeschränkter Administration[k]).

Die neue Obligatio kann unter denselben Subjecten, wie die

---

e) L. 14 pr. eod., L. 36 D. de reb. cred. (12, 1).

f) L. 1 §. 1 L. 8 §. 1 L. 14 §. 1 D. h. t. (46, 2).

g) L. 2. 8 §. 5 eod.

h) §. 3 I. qu. mod. toll. obl. (3, 29), L. ult. C. h. t. (8, 42): Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum; et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος Graeci dicunt, causa procedat, hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. Dieses Gesetz Justinian's soll die Controversen abschneiden, die unter den römischen Juristen dadurch entstanden waren, daß in gewissen Fällen eine Novation schlechthin angenommen, also der animus novandi präsumirt werden sollte, vgl. Gai. III. 178. Eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi ist dadurch nicht vorgeschrieben, s. v. Löhr, Magazin für Rechtsw. IV. 3 (1820). Nicht wenige Juristen behaupten dagegen die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung theils beschränkt, so Hugo, civ. Magazin II S. 428 ff. (1797), Mühlenbruch, Lehrbuch §. 475 a. E., theils unbedingt, so Hepp, über die novatio tacita, Archiv für civ. Pr. XV. 11 (1832), Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IX. 5 (1835). (S. dagegen: Fein a. a. O. [Note a] S. 28—34. Vgl. Grotefend, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. N. F. [1854] XVI Num. 10. R.)

i) L. 10 D. h. t. (46, 2).

k) Mit L. 16. 23. 25 eod., L. 27 pr. D. de pact. (2, 14), die das Recht zu noviren verneinen, sind zu vergleichen L. 28 §. 2 eod., L. 34 pr. D. h. t.

alte, bestehen, so daß die Veränderung nur den obligatorischen Grund und den Inhalt betrifft[l]), oder unter andern Personen, indem ein anderer Gläubiger oder Schuldner an die Stelle des bisherigen tritt. Das letzte kann geschehen ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners, durch bloße expromissio[m]), geschieht es unter seiner Mitwirkung, so heißt das Geschäft delegatio[n]), eine Delegation ist stets nöthig, wenn die Person des Gläubigers verändert werden soll[o]). Die Delegation besteht in einem Auftrag[p]) des abtretenden Schuldners oder Gläubigers (Delegans) an die beiden Subjecte der zu constituirenden Obligatio, den künftigen Schuldner (Delegatus) und den Gläubiger (Delegatarius), oder an den künftigen Gläubiger (Delegatarius) und den Schuldner (Delegatus); dieser Auftrag wird durch den die Novation bewirkenden obligatorischen Vertrag zwischen diesen Personen (dem Delegatus und Delegatarius) ausgeführt.

§. 292.

Eine Novation ist die unwillkürliche Folge der gerichtlichen Geltendmachung einer Obligatio, nur daß diese dadurch in ihrer Wirksamkeit und ihrem Umfang nicht verringert wird[q]). Diese nothwendige Novation tritt ein 1) durch die Litiscontestation auf eine persönliche Klage, mit der Wirkung der Transmission auf die

---

l) S. z. B. L. 2. 8 §. 1 eod., L. 18 §. 1 D. de acceptil. (46, 4), §. 2 I. quib. mod. toll. obl. (3, 29).

m) L. 8 §. 5 D. h. t. (46, 2), L. 91 D. de solut. (46, 3). (Alternative Expromission dessen, was der Eine oder der Andere von zwei Schuldnern zu zahlen hat: L. 8 §. 4 L. 26 L. 32 D. h. t. [46, 2], Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 6 S. 162 f. [1846]. R.)

n) L. 3 C. h. t. (8, 42). (Hoffmann in Sell's Jahrb. III S. 396—423. Ed. Fein, Beitr. zur Lehre von der Novation und Delegation. Ein Rechtsgutachten. 1850. R.)

o) L. 8 §. 5 D. h. t. (46, 2).

p) L. 12 eod., L. 17 eod.: Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest. L. 22 eod.

q) L. 86. 87 D. de R. I. (50, 17), L. 29 D. h. t. (46, 2): Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus quae tempore vel morte finiri possunt.

Erben (§. 88), Verwandlung der alternativen Obligatio in eine einfache, wenn der Gläubiger die Wahl hat (§. 221), Befreiung des Schuldners, der mit einem Correalgläubiger litem contestirt, von den übrigen (§. 235), Verpflichtung des Schuldners gegen den Cessionar (§. 283); 2) durch das Urtheil, weshalb auch das condemnatorische Urtheil für den Beklagten die exceptio rei iudicatae erzeugen kann[r]), die indessen durch eine Replik entkräftet wird, wenn der Beklagte dem Urtheil nicht Genüge geleistet hat[s]).

Res iudicata.

§. 293.

Das Urtheil kann neben der formellen (der novatio necessaria §. 292) noch durch seinen Inhalt eine die Obligatio zerstörende Wirksamkeit haben. Durch die gerichtliche Geltendmachung der Obligatio wird ihre Existenz von dem Inhalt der richterlichen Sentenz abhängig gemacht, die absolutorische Sentenz hebt daher die Forderung auf[a]). Diese Wirkung der res iudicata erstreckt sich indessen nicht weiter, als die der exceptio rei iudicatae, wodurch sie geltend gemacht wird, sie kann nur gegen eine Person geltend gemacht werden, für welche der Inhalt der Sentenz Wahrheit hat, und sie ist zur Begründung einer Klage untauglich[b]); diese unvollkommene Aufhebung der Obligatio (nicht mehr) ist unter dem Ausdruck zu verstehen, daß eine naturalis obligatio zurückbleibe[c]).

---

r) L. 4 C. depos. (4, 34).

s) L. 16 D. de exc. rei iud. (44, 2): Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei contra quem iudicatum est. Vgl. L. 9 §. 1 eod., L. 16 §. 5 D. de pign. (20, 1).

a) L. 13 D. quib. modis pign. (20, 6): Si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset, nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

b) L. 28 D. de cond. ind. (12, 6): Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

c) L. 60 pr. eod.: Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promiserit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vgl. über diese Controverse Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXIV. 4 (1841). Fein, daselbst XXVI. 7. 13 (1843). Flach,

Vergleich [a]).

§. 294.

Die Parteien können die Feststellung ihres Rechtsverhältnisses, soweit es derselben bedarf, durch Uebereinkunft vornehmen, und auf diesem Wege an die Stelle der dabey obwaltenden Ungewißheit ein Gewisses setzen. Diese vertragsweise Umwandlung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses heißt Vergleich, transactio. Erfordernisse des Vergleichs sind 1) Ungewißheit seines Gegenstands [b]), daher sind Vergleiche contra rem iudicatam ungültig [c]), und auch die Ungültigkeit eines Vergleichs über den Inhalt eines vorliegenden, aber noch nicht eröffneten und eingesehenen Testaments ist auf dieses Erforderniß zurückzuführen [d]); 2) gegenseitiges Nachlassen in den Ansprüchen und Be-

---

Zeitschrift für Civilr. und Pr. XIX. 12 (1844). Nicht auf das absolutorische Urtheil, sondern auf die Proceßverjährung sind zu beziehen L. 27 D. de pign. (20, 1), L. 8 §. 1 D. ratam rem (46, 8): Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem, et si procurator eandem pecuniam domino sine iudice solverit, condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet. Vgl. Francke, civil. Abhandl. (1826) S. 76 f. Keller, Litiscont. S. 159.

a) Dig. II. 15. Cod. II. 4: de transactionibus. (Eine sorgfältige Bearbeitung dieser Lehre enthält die Habilitationsschrift von Carl Risch, die Lehre vom Vergleiche. 1855, R.)

b) L. 1 D. h. t. (2, 15): Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. L. 12 C. eod. (2, 4).

c) L. 23 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 7 D. h. t., L. 11 eod.: Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. Paul. sent. I. 1, 5. Keine Abweichung enthält L. 32 C. h. t. (2, 4): Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit. Man darf diesem Rechtssatz keine anderen Gründe unterlegen, wie noch Thibaut, Archiv für civ. Pr. VIII. 12. IX. 22 zu thun geneigt ist.

d) L. 6 D. h. t. (2, 15).

hauptungen, ein Vergleich ist keine Schenkung[e]); 3) für Vergleiche, welche die gänzliche oder theilweise Ablösung mortis causa hinterlassener Alimente durch ein Aversionalquantum zum Zweck haben, ist obrigkeitliche Bestätigung nöthig, die nicht ohne vorgängige causae cognitio, und nur wenn der Vergleich hiernach als vortheilhaft für den Alimentenberechtigten sich darstellt, zu ertheilen ist[f]). Ein Vergleich kann wegen Dolus[g]), und wegen Unrichtigkeit dessen, was von den Transigenten als gewiß vorausgesetzt worden war[h]), nicht wegen nachheriger Hebung der den Vergleich veranlassenden und bedingenden Ungewißheit angefochten werden[i]); darum kann auch nicht von einer Anwendung der Grundsätze von der Verletzung über die Hälfte die Rede seyn[k]). Die Wirkung des Vergleichs ist gleich der res iudicata[l]), die Verletzung eines beschwornen Vergleichs macht den Verletzer infam und des Vortheils aus demselben verlustig[m]); die Wirkung des Vergleichs beschränkt sich auf die Transigenten[n]), nur richten sich nach dem die Erbschaftsquoten bestimmenden Vergleich unter den Erbschaftsprätendenten auch die Forderungen der Erbschaftsgläubiger[o]).

Iusiurandum voluntarium[a]).

§. 295.

Jede Partey kann das streitige Verhältniß von einem Eid ab-

---

e) L. 1 eod. (Note b), L. 38 C. h. t. (2, 4): Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedit. L. 65 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6): Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

f) L. 8 D. h. t. (2, 15).

g) L. 65 §. 1 D. de cond. ind. (Note e), L. 4. 13. 19 C. h. t. (2, 4).

h) L. 3 §. 1 L. 12 in f. D. L. 42 C. eod.

i) L. 2. 19. 29 C. eod.

k) Vgl. L. 78 §. 16 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

l) L. 20. 28 C. h. t. (2, 4).

m) L. 41 C. eod.

n) L. 3 pr. D. L. 1 C. eod.

o) L. 14 D. eod. Vgl. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. III S. 454 (2. Ausg.).

a) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive

hängig machen, zu dem sie die andere auffordert[b]), schwört diese (und dieselbe Wirkung hat der Erlaß des Eides nach der Annahme), so gilt das Beschworene, wie wenn es durch Vergleich festgesetzt worden wäre[c]), sie kann aber das Schwören ohne Nachtheil unterlassen[d]). Dieser letzte Umstand macht den Eid zum iusiur. voluntarium; ein Eid, den der dazu Aufgeforderte nicht einfach verweigern kann, heißt in der Sprache des römischen Rechts necessarium, und ein solcher ist der gerichtlich deferirte, wie der vom Richter ohne Delation der Gegenpartey auferlegte Eid[e]).

Compromiß[a]).

§. 296.

Die Uebereinkunft der Parteien, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, von einer Privatperson, Schiedsrichter, arbiter, entscheiden zu lassen, hat nach heutigem Recht die Wirkung eines Vergleichs, jede Partey wird gegen die andere, welche die Uebereinkunft bricht, sey es durch Anbringung des Rechtsstreits vor Gericht oder durch Verhinderung oder Nichtbefolgung des schiedsrichterlichen Spruchs, in Schutz genommen durch Einrede und Klage. Nach R. R. trat diese directe Wirkung nur in zwey Fällen ein: bey eidlicher Bestärkung eines schriftlichen Compromisses[b]), und im Fall übereinstimmender Anerkennung des schiedsrichterlichen Ausspruchs nach seiner Fällung, auch einer stillschweigenden, die angenommen wird, wenn keine Partey innerhalb zehn Tagen gegen ihn protestirt[c]). Außerdem war keine Partey von der gerichtlichen

---

iudiciali. Cod. IV. 1: de rebus creditis et iureiurando. (Savigny, System VII. [1848] §. 309—314 S. 47—90. R.)

b) Ueber die Fähigkeit s. L. 26 pr. L. 35 pr. §. 1 D. h. t., L. 7 C. h. t.

c) L. 2. 5 §. 2 L. 9 §. 1 L. 27. 31 D. h. t., L. 21. 22 D. de dolo malo (4, 3), L. 43 D. de cond. indeb. (12, 6). Ausnahme von der Unumstößlichkeit bey dem Eid über den Inhalt eines nicht vorhandenen, nachher aufgefundenen Testaments, L. ult. C. h. t. (4, 1).

d) L. 5 §. 4 D. h. t. (12, 2).

e) Vgl. Puchta, Cursus d. Instit. II §. 173 Note e, §. 174 Note u.

a) Dig. IV. 8: de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. II. 56: de receptis arbitriis.

b) L. 4 C. h. t. vgl. Nov. 82 cap. 11.

c) L. 5 pr. C. h. t. (Die in factum actio ist aber keine neue Klage, sondern ein bloßes Executionsgesuch. R.)

Verfolgung ihrer Ansprüche abgehalten, noch zur Erfüllung des Arbitriums verbunden[d]), und die Uebereinkunft konnte daher nur eine indirecte Wirkung durch eine für den Fall der Verletzung versprochene Strafe, poena compromissa, erhalten, die daher der Regel nach ein wesentliches Erforderniß der ganzen Uebereinkunft war[e]), deren Nothwendigkeit aber mit ihrem Grunde für das heutige Recht weggefallen ist. Das Compromiß hat aber noch drey wesentliche Erfordernisse:

1) Compromittirung auf einen fähigen Arbiter. Unfähig, Schiedsrichter zu seyn, sind Wahnsinnige, Taube, Stumme, Unmündige[f]), Frauenspersonen[g]) mit Ausnahme derer, welche Jurisdiction haben[h]), der für diesen Rechtsstreit schon bestellte Judex[i]), eine Bestimmung, die nicht auf den heutigen Richter, der für die Rechtssache, wenn sie vor Gericht gebracht würde, competent wäre, anwendbar ist[k]), die Parteien selbst[l]).

2) Annahme des Amts von Seiten des Compromissars (receptum arbitrii)[m]) und Verpflichtung desselben zur Ausrichtung[n]). Daher ist das Compromiß ungültig, welches auf einen minor XX annis gefallen ist, weil dieser zum Spruch nicht verpflichtet werden kann[o]), und aus demselben Grund konnte nicht auf einen höheren Magistrat compromittirt werden[p]).

3) Ausrichtung des schiedsrichterlichen Amts in gehöriger Weise. Der Spruch (arbitrium, laudum) muß nach vorgängiger

---

d) L. 2. 30 D. h. t. (4, 8).

e) L. 11 §. 2—4 L. 13 §. 1 L. 28 eod.

f) L. 9 §. 1 eod.

g) L. ult. C. h. t. (2, 56).

h) Cap. 4 X. de arbitr. (1, 43).

i) L. 9 §. 2 D. h. t. (4, 8).

k) Cap. 7 X. de arbitr. (1, 43), R. A. 1594 §. 95.

l) L. 51 D. h. t. (4, 8).

m) L. 13 §. 2 eod.: Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius lib. IX. ait, qui iudicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse. L. 17 §. 3 eod.

n) L. 3 §. 1 L. 32 §. 12 eod.

o) L. 41 eod.

p) L. 3 §. 3 L. 4 eod.

Untersuchung erfolgen und ein bestimmter Rechtsausspruch seyn[q]), nichts unsittliches enthalten[r]), bloß den Gegenstand des Compromisses[s]), diesen aber auch vollständig betreffen[t]), er wird, wenn mehrere Arbitri sind, durch Stimmenmehrheit, aber unter Mitwirkung aller, gegeben[u]), er kann, einmal gegeben, nicht verändert werden, weil mit dem Spruch die Function des Arbiter aufhört[v]).

Das Compromiß wird aufgehoben durch übereinstimmenden Willen der Parteien[w]), durch einseitigen Rücktritt wegen nachher entstandener Feindschaft zwischen der Partey und dem Arbiter[x]), und wegen Dolus der anderen Partey oder des Arbiter[y]), durch Tod einer Partey vor dem Spruch, wenn das Compromiß nicht auf die Erben erstreckt ist[z]), durch Wahnsinn oder Concurs einer Partey[aa]), durch Tod des Arbiter oder eines von mehreren Arbitri, wenn für diesen Fall nichts anderes im Vertrag festgesetzt worden ist[bb]), durch Ablauf der Zeit, innerhalb deren der Spruch erfolgen sollte[cc]), endlich dadurch, daß der Arbiter nicht zum Spruch vermocht werden kann, oder aufhört dazu verpflichtet zu seyn; er wird befreit wegen einer zwischen ihm und den Parteien entstehenden Feindschaft[dd]), wegen Altersschwäche, Krankheit, öffentlichen Amts, beschwerlicher eigner Geschäfte, sofern diese Umstände erst nachher eintreten oder diese Stärke erhalten[ee]). Umgekehrt befreit den Arbiter auch die Aufhebung des Compromisses,

---

q) L. 14. 19 §. 1 L. 21 §. 1. 3. 9 L. 27 §. 4 L. 32 §. 16 sqq. eod.

r) L. 21 §. 7 eod. Wegen ihrer Ungerechtigkeit kann die Sentenz nicht angefochten werden, L. 19 pr. 27 §. 2 eod., L. 1 C. h. t. (2, 56), vgl. aber Note y.

s) L. 21 §. 2. 4. 6. 10 L. 32 §. 15. 21 L. 46 D. h. t. (4, 8).

t) L. 19 §. 1 L. 25 pr. eod.

u) L. 17 §. 7 L. 18. 27 §. 3 L. 32 §. 13 eod. Ueber den Obmann, superarbiter, im Fall der Stimmengleichheit s. L. 17 §. 5. 6 eod.

v) L. 19 §. 2 L. 20. 21 pr. eod.

w) L. 9 §. 5 L. 10. 11 pr. 32 §. 5 eod.

x) L. 32 §. 14 eod.

y) L. 31 eod., L. 3 C. h. t. (2, 56).

z) L. 27 §. 1 L. 49 §. 2 D. h. t. (4, 8).

aa) L. 17 pr. 47 §. 1 L. 48 eod.

bb) L. 45 eod., cap. 42 X. de off. iud. del. (1, 29).

cc) L. 21 §. 8 L. 32 §. 3 D. h. t. (4, 8).

dd) L. 15 eod.

ee) L. 15. 16 pr. eod.

so wie daß der Spruch aus einem andern Grund kein Interesse mehr hat[ff]).

Kein Compromiß, sondern nur ein pactum de compromittendo ist die Verabredung künftiger ausschließlich compromissarischer Entscheidung etwa eintretender Rechtsstreitigkeiten unter den Contrahenten[gg]). Die Wirkung einer solchen Verabredung wird davon abhängen, ob ihr die Kraft einer autonomischen Disposition zukommt oder nicht. Im letzteren Fall läßt sich ihr eine directe Wirkung nicht zuschreiben.

Erlaß.

§. 297.

Der Gläubiger kann durch Vertrag dem Schuldner die Leistung ganz oder theilweise erlassen[a]). Der Schuldner wird befreit durch den Vertrag, sey es daß derselbe nur als Form zu einem andern Tilgungsgrund hinzugekommen oder für sich, also ohne Befriedigung des Gläubigers eingegangen ist[b]). Eine Singularität ist es,

---

ff) L. 11 §. 1 L. 13 pr. 32 §. 5 eod.

gg) (Pfeiffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. III [1847] Num. 2. R.)

a) Es giebt keinen einseitigen Verzicht auf Forderungen, L. 91 D. de solut. (46, 3). Die L. 26 D. de probat. (22, 3), die man wohl als eine Ausnahme angeführt hat, anerkennt bloß die Möglichkeit eines stillschweigenden Erlaßvertrags. Vgl. Krug, Compensation S. 269. Ueber den stillschweigenden Erlaß s. noch L. 2 §. 1 L. 3 D. de pact. (2, 14). Die Verbindung des pactum de non petendo, der acceptilatio und des consensus in contrarium zu einer allgemeinen Lehre vom Erlaß ist kein geringerer systematischer Mißgriff, als die Aufstellung einer allgemeinen Lehre vom Verzicht oder der Verjährung. Namentlich ist eine Unterscheidung des pactum de non petendo von dem contrarius consensus von diesem Standpunkt aus völlig unmöglich, da beide gleich formlos sind. In der That ist das pactum de non petendo überall keine Aufhebungsart einer Obligatio, sondern eine processualische Handlung, ein Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtsstreit, von welchem der Vergleich eine Species bildet. Dieser materielle Unterschied ist sehr befriedigend ausgeführt von O. v. Völderndorff-Waradein, zur Lehre vom Erlaß. Vgl. den Zusatz zu Puchta, Cursus der Inst. III §. 280 Note gg. R.)

b) Im R. R. kommt dafür ein solennes Geschäft, die acceptilatio (Dig. XLVI. 4: de acceptilatione, Cod. VIII. 44: de acceptilationibus) und ein formloses, das pactum de non petendo vor. Durch jene wird, ihre Erfordernisse vorausgesetzt, die Obligatio selbst ipso iure zerstört, dieses dagegen

daß unter gewissen Umständen ein theilweiser Erlaß (Nachlaß) durch einen Beschluß der Majorität der Gläubiger eintreten kann[c]), der aber die gerichtliche Vorladung aller Gläubiger voraussetzt. Die Ansprüche auch der Minorität gegen den Schuldner werden auf die vertragsmäßige Quote herabgesetzt, nicht die Klagen gegen die Bürgen, und nicht die hypothecarischen Klagen[d]). Eben so bleibt den in der Minorität gebliebenen Gläubigern das Recht, ihren Vorzug gegen ihre Mitgläubiger geltend zu machen[e]). Dieser erzwungene Nachlaß findet nach R. R. nur in Einem Fall Statt, gegenüber dem Erben einer verschuldeten Erbschaft, nach heutigem Recht auch bey einem lebenden Schuldner, wo der wohlverstandene Vortheil der Gläubiger selbst dadurch befördert wird[f]).

---

wirkt regelmäßig (vgl. L. 17 §. 1 D. de pact. 2, 14) nur ope exceptionis (L. 27 §. 2. 3 eod., §. 3 I. de except. 4, 13), und es enthält nicht eine Zerstörung der Obligatio selbst, sondern nur eine Befreiung des Schuldners (s. §. 286 a. E.).

c) L. 7 §. 19 L. 8. 9 D. de pact. (2, 14).

d) L. 58 §. 1 D. mand. (s. Note e).

e) Dadurch löst sich der scheinbare Widerspruch folgender beider Stellen, L. 10 pr. D. de pact. (2, 14): Rescriptum autem D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio contra absentes. Et repeto, ante formam a D. Marco datam D. Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his creditoribus qui hypothecas non habent, conservanda sunt. L. 58 §. 1 D. mand. (17, 1): Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat. Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensit, pactus videtur iusta ex causa, eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum praetoris. Nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est; sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.

f) W. H. Puchta, über den Concursproceß §. 144 ff.

Contrarius consensus.

§. 298.

Ein consensu geschlossener Vertrag und somit die daraus entstandene Obligatio kann durch eine entgegengesetzte Uebereinkunft, mutuo dissensu der Contrahenten wieder aufgehoben werden, wie wenn sie nie bestanden hätte[a]). Steht aber der Vertrag nicht mehr auf dem bloßen Consensus, sondern ist z. B. eine Leistung von einer Seite schon hinzugekommen, so ist jene Uebereinkunft als ein neuer Vertrag zu betrachten, der zum Theil einen Erlaß der bisherigen Obligatio enthalten kann, zum Theil aber eine neue begründet[b]).

Bedingung und Zeit.

§. 299.

Die Aufhebung einer Obligatio kann durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, mit welcher sie contrahirt ist, bewirkt werden, ferner durch den Eintritt eines für sie gesetzten Endtermins. Wenn obligatorische Verhältnisse, die eine Reihe einzelner Forderungen erzeugen können, z. B. Societät, Miethe, auf eine gewisse Zeit geschlossen werden, so hebt der Eintritt des Termins nur das Verhältniß als die Quelle der Forderungen, nicht aber diese selbst, soweit sie bis dahin entstanden sind, auf[a]). Von einzelnen Obligationen selbst aber ist die Regel des ius civile: ad tempus obligationem constitui non posse, doch giebt der Eintritt des Termins dem Schuldner die exceptio pacti oder doli gegen die Forderung[b]). Dieselbe Wirkung hat eine erst nach

---

a) §. ult. I. quib. mod. obl. toll. (3, 29), L. 7 §. 6 L. 58 D. de pact. (2, 14), L. 2. 3. 5 §. 1 D. de rescind. vend. (18, 5), L. 95 §. ult. D. de solut. (46, 3), L. 35 D. de R. I. (50, 17).

b) L. 1. 2 C. quando lic. ab emt. rec. (4, 45).

a) Die Beendigung solcher obligatorischer Verhältnisse kann auch durch Aufkündigung, d. h. einseitige Festsetzung eines Termins herbeigeführt werden, sey es nun, daß die Zeit der Aufkündigung sofort der Endtermin ist, oder daß die Aufhebung erst nach einer gewissen von der Aufkündigung an laufenden Zeit eintritt.

b) L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1), vgl. oben §. 62.

Contrahirung der Obligatio (ohne Novation) verabredete Resolutivbedingung[c]).

Wegfall des Subjects.

§. 300.

Eine Obligatio muß untergehen, sowie kein Gläubiger oder kein Schuldner, oder beide nicht mehr als getrennte Personen bestehen. Was den ersten Fall anlangt, so giebt es Forderungen, die durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners erlöschen, indem sie nicht auf die Successoren übergehen[a]). Das zweite aber tritt ein im Fall der Confusion, des Zusammentreffens der Forderung und der Verbindlichkeit in Einer Person, wenn durch Universalsuccession die Person des Gläubigers in die des Schuldners oder umgekehrt übergeht[b]). Wenn ein Correalgläubiger Erbe des andern wird, tritt keine Confusion ein, und ebenso bey Correalschuldnern, da nicht einmal zu sagen wäre, wessen Person befreit würde, die des Erblassers oder des Erben. Darum aber ist die Entscheidung eine andere, wenn die Verbindlichkeit des Bürgen und des Hauptschuldners in einer Person zusammentreffen; hier wird die accessorische des Bürgen aufgehoben, doch mit Ausnahme des Falls, wenn sie die wirksamere ist[c]).

---

c) L. 44 §. 2 D. de O. et A. (44, 7).

a) S. oben §. 88. Außerdem werden manche obligatorische Verhältnisse, nicht aber die daraus schon entstandenen Forderungen, durch den Tod einer Partey aufgelöst, so das Societäts-, das Mandatsverhältniß.

b) Aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam, L. 71 pr. D. de fidei. (46, 1), L. 75 D. de solut. (46, 3).

c) L. 13 D. de duob. reis (45, 2), L. 5. 14. 71 pr. D. de fideiuss. L. 93 D. de solut. (46, 3): Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres exstitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. atquin magna est huius rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is qui heres exstitit, utrumve suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1: Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum heredem scripserit, confunditur (*non* confund.) obligatio. §. 2: Sed et si reus heredem fideiussorem scripserit, non confunditur obligatio (scripserit, confunditur obl.). Et quasi generale quid retinendum est, ut ubi ei obligationi quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio, quotiens duae sint principales,

Verwirkung des Gläubigers.

§. 301.

Der Gläubiger verwirkt seine Forderung durch widerrechtliche Selbsthülfe (§. 80), in gewissen Fällen durch eine unstatthafte Cession (§. 285), endlich durch Uebernahme der Vormundschaft über seinen Schuldner mit Verheimlichung seiner Forderung (§. 337, 4).

Aufhebung der Obligatio durch Wegfall der Voraussetzungen ihres Inhalts.

§. 302.

Eine Voraussetzung jeder Obligatio ist die Möglichkeit ihres Gegenstandes (§. 220). Wird die Leistung ganz oder theilweise unmöglich durch eine zu prästirende Culpa des Schuldners, so wird die Obligatio selbst dadurch weder aufgehoben noch gemindert (§. 264 ff.). Anders wenn jene Unmöglichkeit eine zufällige ist: casus a nullo praestantur[a]); gänzliche oder theilweise Unmög-

altera alteri potius adiicitur ad actionem, quam confusionem parere. Quid ergo si fideiussor reum heredem scripserit? confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat (Scaevola). L. 95 §. 3 eod.: Quod vulgo iactatur, fideiussorem qui debitori heres exstitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur, nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori XXV annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit et cui fideiussor is accessit sine contemplatione iuris praetorii. auxilium igitur restitutionis fideiussori qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit (Papin.). L. 38 §. 5 eod.: Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit. quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fideiussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque, qui fideiusserit, liberari (African.).

a) L. 18 pr. D. commod. (13, 6), L. 23 D. de R. I. (50, 17). Wächter, über die Frage: wer hat bey Oblig. die Gefahr zu tragen? Archiv für civ. Pr. XV. 6. 9 (1832). (Fuchs, Beitr. zur Lehre vom periculum bei Obligationen. Archiv für civ. Pr. XXXIV. [1851] 5. 10. R.)

lichkeit der Leistung ist Aufhebung oder Minderung der Forderung[b]). Diese Unmöglichkeit kann nicht eintreten bey Obligationen auf einen nicht individuell bestimmten Gegenstand: genus perire non censetur[c]), bey alternativen Gegenständen tritt sie erst mit dem Untergang aller ein[d]), bey einem geschuldeten Individuum hat der Zufall jene Folge: species perit ei cui debetur[e]). Die Hauptfrage aber ist, ob der Schuldner, welcher solchergestalt von seiner Verbindlichkeit befreit ist, den Anspruch auf die ihm gegebene oder zugesicherte Gegenleistung behält? Aus innern Gründen ergiebt sich, daß bey Tauschverträgen überhaupt, die durch Consens perfect werden, der Umstand, daß die beiderseitige Vollziehung nicht gleich im Moment der Perfection geschehen sollte, die rechtliche Lage des Verhältnisses nicht verändern kann. So wenig im Fall sofortiger Vollziehung eine Partey das Empfangene einbüßen würde, weil das von ihr Gegebene bey dem Empfänger zu Grunde geht, eben so wenig kann der rechtmäßige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung[f]). Dieser Grundsatz erleidet eine

---

b) Ausnahmen von jener Regel durch Mora §. 268, durch Vertrag, L. 78 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1): Frumenta quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum, ea frumenta nives corruperunt. Si immoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex emto poterit. L. 9 §. 2 D. loc. (19, 2), L. 25 §. 7 eod., vgl. L. 10 in f. 11 D. commod. (13, 6).

c) L. 42 D. de iure dot. (23, 3), L. 1 §. 4 D. de O. et A. (44, 7), L. 11 C. si certum pet. (4, 2).

d) Einfluß theilweisen Untergangs auf die Wahl, L. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco (13, 4), L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1), L. 10 in f. 11 D. de iure dot. (23, 3), L. 33 §. 1 L. 95 pr. §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 55 D. ad L. Aquil. (9, 2). Abweichung bey Vermächtnissen, L. 47 §. 3 D. de leg. I. (30).

e) L. 92 D. de solut. (46, 3), L. 38 §. 3 L. 47 §. 1 L. 48 pr. D. de aed. ed. (21, 1).

f) So wird denn auch entschieden in L. 5 §. 2 D. de resc. vend. (18, 5), L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 6 C. eod. (4, 48), L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1), vgl. die Stellen Note e. Gegen die Meinung, daß diese Entscheidung auf den Kaufcontract zu beschränken sey, s. Wächter a. a. O. Die Unrichtigkeit dieser Meinung folgt nicht aus einzelnen Stellen (wie L. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6, die ebenfalls auf den Kauf bezogen werden kann, vgl. L. 5 §. 1 D. de praesc. verb. 19, 5), sondern

Modification, wenn die Gegenleistung das Aequivalent ist für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenstands, wie bey der locatio et conductio. Auch hier bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen von seiner Seite eintretenden Zufall der Gebrauch unmöglich wird[g]), keineswegs aber wenn, und von der Zeit an, wo dieß durch einen den Gegenstand (Sache oder Kräfte) treffenden Zufall geschieht[h]).

Das Erforderniß eines Interesse des Gläubigers, ohne welches keine Obligatio besteht, bewirkt die Aufhebung derselben, wenn es nachher wegfällt[i]).

Eine accessorische Obligatio endlich wird aufgehoben durch die Aufhebung der Hauptobligation[k]); ausgenommen wird der Fall, wenn der accessorisch Verpflichtete durch eine widerrechtliche Handlung selbst Ursache der Befreiung des Hauptschuldners ist[l]).

---

aus dem innern Grund, auf dem die Entscheidung beruht, und daraus, daß jene Beschränkung ohne Sinn seyn würde. — Im R. R allerdings war die Anwendung des Grundsatzes bedeutend eingeschränkt durch das ihm bey Innominatcontracten entgegentretende Reurecht, L. 5 pr. 16 D. de cond. causa d. (12, 4), eine Schranke, die im heutigen Recht weggefallen ist (§. 308 Note c).

g) L. 19 §. 9 L. 38. 59 D. loc. (19, 2).

h) L. 15 §. 6 eod.: Item cum quidam nave amissa vecturam quam pro mutua acceperat, repeteret (Flor. repeteretur), rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit, quod in omnibus personis similiter observandum est. L. 33 eod. — L. 1 §. 13 D. de extraord. cogn. (50, 13): D. Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat quo minus causam ageret, beruht auf einer eigenthümlichen Behandlung des Advocatenlohns, die auf eine locatio conductio operarum oder operis keine Anwendung findet.

i) L. 97 §. 1 D. de V. O. (45, 1), L. 32 D. loc. (19, 2).

k) L. 43 D. de solut. (46, 3), L. 4 C. de fidei. (8, 41), L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1).

l) L. 88 D. de V. O. (45, 1), L. 32 §. 5 D. de usur. (22, 1).

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Obligationen.

§. 303.

Die unendlich mannigfaltigen einzelnen Obligationsverhältnisse scheiden und vereinigen sich, wenn wir ihren Inhalt und Zweck und ihre davon abhängende rechtliche Behandlung ins Auge fassen, in drey große Massen.

Die erste Classe bilden die Obligationen, welche selbstständig den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen, die Bewegung des Vermögens, welche seinen Inhalt ausmacht, zu gestalten und zu leiten bestimmt sind. Diese Geschäftsobligationen, wie sie im Gegensatz gegen die folgende Classe genannt werden sollen, sind von dreifacher Art. Zum Theil enthalten sie eine beschränkte einseitige Verpflichtung, so daß eine gegentheilige Verpflichtung des Gläubigers dabey nicht vorkommt: dieß ist der Fall bey den Obligationen, die durch Uebergang eines Gegenstands von der creditirenden Partey in das Vermögen der schuldenden begründet werden (§. 219 a. E.), oder die der Intention der Begründer gemäß so behandelt werden, als ob dieß geschehen wäre (wie nach R. R. die Obligatio aus der Stipulation, dem Literalcontract, dem Vermächtniß), und bey den gesetzlichen Verpflichtungen zu einseitigen Präſtationen. Sodann giebt es einseitige Geschäftsobligationen, deren Natur eine Verpflichtung des Gläubigers zuläßt, so daß dem Schuldner eine contraria actio gegeben wird; es sind theils solche, die durch Ueberlieferung eines Gegenstands (aber nicht so, daß er aus dem Recht des Gebers völlig herausgeht) begründet werden, theils solche, die eine Führung fremder Geschäfte zu ihrem Inhalt haben. Diesen folgen endlich die gegenseitigen Obligationen (§. 232).

Die zweite Classe ist die der Delictsobligationen, die ein begangenes Unrecht zu tilgen, das Recht des Verletzten durch Schadensersatz und Strafe wiederherzustellen bestimmt sind. Sie sind Mittel des Schutzes eines ihnen an sich fremden Rechts, des Rechts der Persönlichkeit, welches der Thäter, der sich über das Recht überhaupt hinwegsetzt, antastet.

Die dritte Classe endlich hat ebenfalls die Abwendung eines Unrechts und einer Verletzung zum Zweck, aber so daß sie dagegen zu sichern bestimmt ist, also die Verletzung, gegen die sie eine Abhülfe geben soll, sey es durch Vorbeugung oder durch Wiederherstellung, wenn sie eintreten sollte, nicht als eine schon geschehene zur Voraussetzung hat. Die Obligationen dieser Classe nähern sich theils den Delicts-, theils den Geschäfts-Obligationen, je nachdem sie in ihrer Entstehung entweder mit jenen oder mit diesen übereinkommen.

I. Geschäftsobligationen.

A. Beschränkt einseitige.

1. Darlehen[a]).

§. 304.

Das Darlehen, mutuum, wird geschlossen durch die Ueberlieferung fungibler Sachen zu Eigenthum gegen die Verbindlichkeit, eine gleiche Quantität dieser Sachen zu restituiren[b]). Der Mangel des Eigenthumsübergangs, wenn er allein der Entstehung der Darlehensobligation entgegenstand, kann gehoben werden durch nachherige Consumtion von Seiten des Empfängers; in dem Augenblick wo er dadurch der Vindication ausgesetzt zu seyn aufhört, wird er der Darlehensklage unterworfen[c]). Ueberhaupt ist

---

a) Dig. XII. 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione. Cod. IV. 1: de reb. cred. et iureiur. 2: si certum petatur. (Das weitschweifige Werk von G. E. Heimbach, die Lehre vom Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten [1849], 23 fortlaufende Abhandlungen, enthält im Widerspruch mit seinem Titel nur eine [auf Savigny, System V Beil. XIV gegründete] Darstellung des reinen römischen Rechts und Processes. R.)

b) L. 2 D. h. t. (12, 1). Der Vertrag, wodurch der eine Contrahent eine Summe zu geben, der andere die zu empfangende zu restituiren verspricht, ist noch kein Mutuum, sondern ein pactum de mutuo dando, vgl. L. 30 eod. und oben §. 251.

c) L. 11 §. 2 eod.: Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua, fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. Quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consum-

das mutuum möglich, ohne daß das Eigenthum unmittelbar von dem Darleiher an den Empfänger gekommen ist[d]).

Wenn der Gläubiger die Gefahr des Darlehens oder der dafür angeschafften Waaren übernimmt, so kann die dafür bedungene Prämie die Höhe der gesetzlichen Zinsen übersteigen, sey es Seegefahr, die übernommen worden ist (pecunia traiecticia, foenus nauticum)[e]), oder eine andere (foenus quasi nauticum), nur darf unter dem Schein dieser Assecuranz nicht ein Spiel beabsichtigt seyn[f]).

---

sisti, condici tibi poterunt. L. 13 §. 1 eod. S. g. actio de bene depensis. — Anders, wenn es an der Uebereinkunft fehlt, L. 32 eod.: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est (Iuvent. Celsus). S. g. condictio Iuventiana, vgl. §. 312.

d) Zwey Fälle gehören hieher: 1) das Geld kommt nicht von dem Gläubiger an den Schuldner, L. 15 eod.: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. L. 2 C. per quas person. (4, 27), L. 9 §. 8 D. h. t. (12, 1). Immer die Uebereinstimmung zwischen den Parteien vorausgesetzt, ohne welche zwar eine condictio, aber nicht ex mutuo möglich ist, L. 32 eod. (Note c). 2) Der Gläubiger giebt eine andere Sache, die der Empfänger erst in Geld umsetzt, (s. g. contractus mohatrae), L. 11 pr. eod. — In beiderley Hinsicht war African anderer Meinung, der von dem Erforderniß, daß nummi qui mei erunt, tui fiunt, nur für einen Fall eine Abweichung zuließ, L. 34 pr. D. mand. (17, 1).

e) Dig. XXII. 2. Cod. IV. 33: de nautico foenore. L. 26 §. 1 C. de usur. (4, 32). (L. 122 §. 1 D. de V. O. [45, 1] und dazu Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß [1852] X No. 1. R.)

f) L. 5 D. de naut. foen. (22, 2). Periculi pretium est et si conditione quamvis poenali non exsistente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat; veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si non convaluero et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut si cepisset, red-

§. 305.

Ein über den Empfang des Darlehens ausgestelltes Schuldbekenntniß verändert die Darlehensobligatio nicht, es ist keine neue causa debendi, sondern nur ein Beweis derjenigen, von welcher es Kunde giebt[g]). Diese Beweiskraft ist aber beim Darlehen zwey Jahre lang, von der Ausstellung des Empfangscheins gerechnet, suspendirt durch das Recht des Ausstellers, dem Schein die Behauptung des Nichtempfangs entgegenzusetzen, querela non numeratae pecuniae[h]), entweder mittelst der exceptio n. n. p. gegen die Klage des angeblichen Gläubigers, oder einer klagweisen Zurückforderung des Scheins[i]), oder endlich mittels einer dem Gegner gemachten (schriftlichen außerordentlichen oder gerichtlichen) Protestation[k]). Die Wirkung der Querel ist Vernichtung der Beweiskraft der Urkunde, erbringt aber der Gläubiger den Beweis durch andere Mittel, so wird der Schuldner in das Doppelte condemnirt, ausgenommen wenn er auf die von dem Gläubiger gewählte Eidesdelation sofort bekennt[l]). Ist die Querel beseitigt, sey es durch Ablauf der Zeit, oder durch eine reelle Anerkennung des Empfangs, die in theilweiser Zurückzahlung oder Zinsenzahlung

---

deret, et athletae unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

g) L. 26 §. 2 D. depos. (16, 3), L. ult. D. de probat. (22, 3), L. 26 D. de donat. (39, 5). Vgl. §. 257 a. E.

h) Cod. IV. 30: de non numerata pecunia. Inst. III. 21: de literarum obligationibus. Unterholzner, über die exc. n. n. pec., Archiv für civ. Pr. VII. 1 (1824). Cropp, über literarum obl., cautio indiscreta und pec. cauta non num., in s. u. Heise's Abhandlungen I. 18 (1827). Pfeiffer, pract. Ausführungen II. 2 (1828). Marezoll, über das Wesen der Scriptura nach neuestem R. R., Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. III. 14 (1830). Vgl. Osenbrüggen, zur Interpr. des Corp. I. C. Cap. 2 (1842). Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts 1845 1ste Abth.

i) L. 7 C. h. t. (4, 30): Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis. L. 8. 9. 12 C. eod., L. 4 C. de cond. ex lege (4, 9).

k) L. 14 §. 4 C. h. t., vgl. Nov. 100 c. 1.

l) Nov. 18 c. 8 (Auth. Contra C. h. t.).

liegt[m]), oder durch Verzicht[n]), so tritt der Schein in die vollkommene Beweiskraft, die einem andern schon durch seine Ausstellung zukommt[o]), ein Gegenbeweis der Nichtexistenz der Schuld ist so wenig als gegenüber einem andern Beweis ausgeschlossen[p]), nur daß er hier so wenig als sonst durch Eidesdelation geführt werden kann[q]).

Die Querel bezieht sich nur auf Darlehensobligationen[r]);

m) L. 4 C. h. t. (4, 30). Nach der gewöhnlichen Meinung auch durch eine spätere wörtliche Anerkennung, Unterholzner a. a. O. S. 11. 45 ff.

n) Die gewöhnliche Meinung ist, daß der Verzicht nicht in dem Schuldschein selbst geschehen dürfe, und nur ein eidlicher Verzicht eine Ausnahme machen könne, s. Glück, Comment. XII S. 155 ff. Unterholzner a. a. O. S. 47 ff.

o) Dieß und nicht mehr sagen L. 8. 14 pr. C. h. t. (Note r).

p) L. 13 C. eod., L. 4 C. de dot. prom. (5, 11): Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti, quam suscepisti, intelligis de his quae desunt, petendis pactum esse secutum.

q) L. 14 §. 3 C. h. t. (4, 30). Diese Ausnahme dient zum Beweis der Regel, die denn auch in der Praxis angenommen ist, während manche Schriftsteller der Urkunde die Eigenschaft einer neuen causa debendi beilegen, deren Wirksamkeit von der Existenz der darin bezeugten ganz unabhängig wäre. Zu dieser Meinung hat die unpassende Verbindung, in welche die justinianischen Institutionen die Querel mit der alten literarum obligatio bringen, Anlaß gegeben: — sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione —. Vgl. Theophil. paraphr. ad Inst. III. 21. (Die wahre neue causa liegt in dem Empfangsbekenntniß, welches nur durch ein der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile verwandtes Rechtsmittel (§. 271), nicht durch gewöhnlichen Gegenbeweis aufgehoben werden kann. Vgl. L. 13 C. h. t. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XIV. 353 f. R.)

r) Vgl. L. 5 C. h. t. (4, 30): Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit. L. 14 pr. C. eod.: In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obiicere possit qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit, his scilicet qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet

doch ist auch dem Aussteller eines Scheins über eine empfangene Dos ein ähnliches Rechtsmittel (querela non numeratae dotis) gegeben (§. 420).

§. 306.

Durch das senatusconsultum Macedonianum ist in einem besondern Fall die Wirkung der Darlehensobligatio beschränkt worden[s]). Der Klage aus einem Gelddarlehen, das einem Filiusfamilias gegeben worden ist, steht die exceptio S. C. Macedoniani entgegen[t]). Die Exceptio hat der Empfänger und der Vater[u]), auch der Bürge, aber dieser nur im Interesse des Filiusfamilias selbst[v]), sie steht der Darlehensklage entgegen, nicht der Vindication, wenn das Darlehen wegen Mangels der Veräußerungsbefugniß ungültig war[w]), auch nicht dem Restitutionsgesuch eines minderjährigen Darleihers[x]), sie läßt die Obligatio als naturalis bestehen[y]), weder der Empfänger noch der Vater hat die Con-

---

biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris. Für eine weitere Anwendung ist Unterholzner S. 19 ff.

s) Dig. XIV. 6. Cod. IV. 28: ad S. C. Macedonianum.

t) L. 1 pr. D. h. t. Gelddarlehen (offen oder verhüllt), L. 3 §. 3 L. 4. 7 §. 3 L. 13 D. eod., L. 3 C. eod.: — origo potius obligationis quam titulus actionis considerandus est. An einen Filiusfamilias, L. 1 §. 1—3 D. eod., L. 3 §. 4 eod.: Si a filiofam. stipulatus sim et patrifam. facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare S. C., quia mutua iam patrifam. data est. Als Subject castrensischer Güter ist er Paterfamilias, L. 1 §. 3 L. 2 eod., L. ult. §. 1 C. eod. Die letzte Stelle versteht man gewöhnlich von einer singulären Ausnahme bey Soldaten, sie möchten bona castrensia haben oder nicht (z. B. Vangerow, Leitf. §. 245). Abgesehen davon, daß der totale Mangel castrensischer Güter bey einem Soldaten kaum vorkommen wird, wäre dieß ein privilegium odiosum militum, welches alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat. (Vgl. hiergegen Arndts Lehrb. §. 282 Anm. 2. R.)

u) L. 7 §. 10 D. L. 6 C. eod. Nicht gegen die actio de in rem verso, L. 7 §. 12—14 D. L. 2. 5 C. eod.

v) L. 9 §. 3 D. eod. (14, 6).

w) L. 3 §. 2 eod.

x) L. 11 §. 7 L. 34 pr. D. de minor. (4, 4).

y) L. 9 §. 4. 5 L. 10. 11 D. h. t. (14, 6), L. 18 pr. 40 pr. D. de cond. indeb. (12, 6).

dictio des Gezahlten, wohl aber der Vater die Vindicatio, wenn der Sohn aus dessen Vermögen gezahlt hat[z]).

Das S. C. cessirt 1) wenn das Darlehen zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses gegeben und aufgenommen worden ist[aa]), 2) wenn es mit dem Willen des Vaters gegeben oder von ihm ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch theilweise Zahlung oder durch Schweigen, wo er hätte seine Mißbilligung erklären müssen) genehmigt worden ist[bb]), 3) wenn der Empfänger, nachdem er Paterfamilias geworden, die Schuld anerkannt und genehmigt hat[cc]), 4) wenn der Gläubiger über die Eigenschaft

z) L. 14 D. de reb. cred. (12, 1): Si filiusfamilias contra senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur, sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex quo actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. L. 9 §. 1 D. h. t. (14, 6): Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Iulianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere. Beide Stellen sind aus Ulpian. lib. XXIX ad edictum. Vgl. L. 11 §. 2 D. de reb. cred. (§. 304 Note c).

aa) L. 47 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 7 §. 14 D. h. t. (14, 6).

bb) L. 7 §. 15 L. 12. 14. 16 D. L. 2. 4. 7 C. eod. Dahin gehört auch die Aufnahme eines Darlehens als magister navis oder institor des Vaters oder in einem mit dem Willen des Vaters betriebenen Handelsgeschäft L. 7 §. 11 D. eod.

cc) L. 2 C. eod. (4, 28). Eine Novation beseitigt ohnedieß die exceptio S. C. Macedoniani, ist sie aber aus einem factischen Irrthum geschehen, so wird gegen die neue Klage eine in factum exceptio gegeben, L. ult. D. eod. (14, 6). Die Meinung, daß durch eine theilweise Zahlung die Exceptio auch für den Rückstand verloren werde (Francke, Abh. S. 125 u. a. M.), hat keinen innern Grund für sich, da in der That das Darlehen von der Beschaffenheit gewesen seyn kann, daß es nur zum Theil sich rechtfertigen ließ, sie ist auch nicht begründet durch L. 7 §. 16 eod.: Si paterfam. factus solverit partem debiti, cessabit S. C. nec solutum repetere potest, und widerspricht der unmittelbar auf diese Stelle folgenden Entscheidung, daß die Bestellung eines Pfandes nur usque ad pignoris quantitatem die Exceptio

des Empfängers als Filiusfamilias in einem entschuldbaren Irrthum sich befand[dd]).

Condictionen ohne Contract[a]).

§. 307.

Der Grund, aus welchem etwas an einen Andern gekommen ist, kann ihn zur Rückgabe verpflichten ohne Vertrag. Die Klage auf Zurückgabe ist eine condictio, wenn es eine Vermögensveränderung ist, die in einer zur Rückgabe verpflichtenden Art eintrat, also wenn ein Bestandtheil aus dem Vermögen des Einen heraus und in das des Andern übergegangen ist[b]); von dieser Voraussetzung macht ein Fall eine Ausnahme (§. 311). Die Verpflichtung zur Rückgabe beruht im allgemeinen darauf, daß die Vermögensveränderung ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, sey es daß dieser Mangel eines rechtlichen Grundes von Anfang bestand, oder durch einen nachfolgenden Umstand eintrat[c]). Die einzelnen Fälle

---

beseitigt, L. 9 eod. (Exceptio des Bürgen nach der Anerkennung: Chr. Fr. Elvers im Archiv für prakt. Rechtswiss. II. 3 [1854]. R.)

dd) L. 3 pr. §. 1 L. 19 eod., L. 1 C. eod. (4, 28).

a) Dig. XII. 4: de condictione causa data causa non secuta. 5: de condict. ob turpem vel iniustam causam. 6: de cond. indebiti. 7: de cond. sine causa. XIII. 1: de cond. furtiva. 2: de cond. ex lege.

Cod. IV. 5: de cond. indebiti. 6: de cond. ob causam datorum. 7: de cond. ob turpem causam. 8: de cond. furtiva. 9: de cond. ex lege et sine causa vel iniusta causa.

b) Vgl. Savigny, System V. Beil. VIII. 5 ff. (Reinhard, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, N. F. VIII. [1851] 3 §. 1—6. R.)

c) L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa (12, 7): Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam.

L. 52 D. de cond. ind. (12, 6): Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. L. 1 D. de cond. ob turp. c. (12, 5): Omne quod datur, aut ob rem datur aut ob causam. Et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

aber theilen sich in drey Classen 1) der Grund, aus welchem etwas an den Beklagten gekommen ist, ist ein falscher, entweder ein in der Zukunft (condictio causa data causa non secuta §. 308), oder ein in der Vergangenheit liegender (condictio indebiti §. 309); 2) der Grund ist ein rechtswidriger, entweder ein künftiger (cond. ob turpem causam §. 310), oder ein vergangener (cond. ob iniustam causam §. 311); 3) es ist gar kein Grund vorhanden (cond. sine causa §. 312)[d]).

Condictio causa data causa non secuta*).

§. 308.

Wenn etwas um eines künftigen Erfolgs willen gegeben worden ist, so hat, wenn dieser nicht eintritt, der Empfänger es ohne rechtlichen Grund. Die Condictio, die gegen ihn auf Zurückgabe mit Früchten und Accessionen[a]) stattfindet (ob rem datorum, ob causam datorum, causa data causa non secuta), setzt voraus 1) eine futura causa non inhonesta, wegen deren etwas gegeben worden ist[b]), daher fällt sie weg, wenn es vermöge einer gegenseitigen Obligatio geschah; der Geber hat hier um der Gegenleistung willen die Obligatio contrahirt, aber nicht eigentlich seine Leistung gegeben, die er vielmehr, da er sie kraft der bestehenden Obligatio zu geben verpflichtet war, ob causam praeteritam gegeben hat[c]);

---

d) Es gab Gesetze, die eine Verbindlichkeit festsetzten und eine als Condictio zu behandelnde Klage gaben (z. B. L. 28 D. ad L. Iul. de adult. 48, 5), ungeachtet der Fall von der Natur der Condictionen ganz und gar abwich. Diese anomale Condictio nannte man condictio ex lege, cond. quae ex lege descendit. Die praktische Bedeutung dieser Form war schon im justinianischen Recht antiquirt, daher die Compilatoren unter jener Rubrik (Dig. XIII. 2) eine Stelle aufgenommen haben, worin sie gerade die Erklärung der condictio ex lege selbst wegließen.

*) (Erxleben, die condictiones sine causa. Zweite Abth. die condictio causa data, causa non secuta. 1853. R.)

a) L. 7 §. 1 L. 12 D. de cond. causa data (12, 4).

b) L. 1 eod., L. 5 C. de cond. ob c. dat. (4, 6). Donatio sub modo, L. 2. 3. 6. 8 C. eod. Mortis causa donatio, L. 35 §. 3 D de m. c. don. (39, 6). Dos für eine künftige Ehe, L. 7 §. 1 L. 10 D. de cond. causa d. (12, 4). Conditionis implendae causa datum, wenn das Erbrecht nachher nicht erworben wird, L. 1 §. 1 L. 2 eod. Zahlung an den Procurator unter Voraussetzung der Ratihabition, L. 14 eod. u. s. f.

c) Dahin gehören nach heutigem Recht auch die Verträge, die nach R. R.

2) das Nichterfolgen der causa[d]), sey es daß sie durch Schuld des Empfängers oder durch Zufall nicht erfolgt. Nur kann die Klage beim Zufall cessiren wegen der besonderen Natur des Geschäfts[e]), und in jedem Fall geht sie hier nur auf das, was der Empfänger noch hat[f]). Vermöge willkürlichen Widerrufs hat der Geber die Condictio nur, wo die Natur des Geschäfts diesen gestattet[g]).

---

erst durch Leistung von einer Seite (als Innominatcontracte) klagbar wurden (§. 250), die aber jetzt schon durch Uebereinkunft diese Wirkung haben und eine gegenseitige Obligatio erzeugen, z. B. der Tauschvertrag. Nach R. R. hatte bey jenen Innominatcontracten, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt war, der Gläubiger die Wahl, sie mit der actio praescriptis verbis zu fordern, oder sich den Handel gereuen zu lassen und ihn einseitig aufzuheben. Dieses ius poenitendi übte er mit der cond. c. d. c. n. s. auf Rückgabe seiner Leistung aus, L. 5 §. 1 L. 7 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 3 §. 2. 3 L. 5 pr. D. de cond. causa data (Note f). Das ius poenitendi findet in jenen Fällen heutzutage so wenig Statt, als schon nach R. R. bey dem Kauf- und Miethvertrag, und aus demselben Grund, aus welchem es bey diesen Verträgen wegfällt. (Vgl. auch Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß V. [1851] 2 Num. 10. R.)

d) L. 1 §. 1 D. de cond. ob turp. c. (12, 5).

e) Namentlich bey der Schenkung, L. 10 C. de cond. ob c. dat. (4, 6).

f) L. 3 §. 2. 3 D. de cond. causa d. (12, 4): Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio. nisi poeniteat, quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus, cessare. L. 5 pr. eod.: Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceреris, an condici possit, videndum. Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita res se habet, ut licet nondum profectus sis, ita tamen composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumtus qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte quam accepisti, erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti. L. 5 §. 3. 4 eod.

g) Z. B. das einem Mandatar zur Ausrichtung des Auftrags Gegebene.

Condictio indebiti.

§. 309.

Ein Irrthum in den Motiven begründet keine Zurückforderung; wer etwas um einer causa praeterita willen gegeben hat, wenn sie auch falsch ist, hat nicht die Condictio[a]). Von dieser Regel macht die condictio indebiti eine Ausnahme, welche begründet ist, wenn jemand, was er dem Empfänger nicht schuldig war, in der Meinung es schuldig zu seyn leistete[b]). Die Voraussetzung der Nichtschuld existirt, wenn überall keine Schuld[c]), oder keine auf den geleisteten Gegenstand[d]), oder keine des Zahlenden an den Empfänger vorhanden war[e]). Die Frage der Schuld oder Nichtschuld entscheidet sich nach der Zeit der Leistung[f]), wo aber die Leistung als Vergleich über eine ungewisse Schuld angesehen werden kann, fällt die Condictio weg[g]). Die zweite Voraussetzung ist der Irr-

---

a) L. 52 D. de cond. indeb. (§. 307 Note c), L. 65 §. 2 eod.

b) L. 1 eod., L. 53 D. de R. I. (50, 17): Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

c) L. 26 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6): Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit. Bedingte Schuld, L. 16 pr. 18 eod. Anders bey einer betagten, L. 10 eod. Naturale debitum, L. 11. 13. 19 pr. 40 pr. 41. 51. 64 eod. In Beziehung auf usurae indebitae sind drey Fälle zu unterscheiden 1) unerlaubte, L. 18 C. de usur. (4, 32), L. 26 pr. D. de cond. ind. (12, 6), 2) erlaubte von einem nicht existirenden Capital, L. 26 §. 2 eod., 3) nicht geschuldete von einem bestehenden Capital; hier fällt die Zurückforderung weg, L. 26 pr. eod.

d) L. 19 §. 3 L. 32 pr. §. 3 eod. Abweichung bey Vermächtnissen, L. 19 D. de leg. II. (31).

e) L. 65 §. 9 D. de cond. indeb. (12, 6): Indebitum non est tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44 eod.: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est. Vgl. L. 8. 13 pr. eod., L. 12 D. de novat. (46, 2), L. 66 D. de solut. (46, 3).

f) Darauf bezieht sich auch L. 42 D. de cond. indeb. (12, 6): Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Vgl. L. 22 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 3 §. 14 D. de tab. exh. (43, 5), L. 74 D. de solut. (46, 3), L. un. §. 2 D. de L. Iul. amb. (48, 14), L. 46 D. de R. I. (50, 17).

g) L. 4 C. de cond. indeb. (4, 5), §. 7 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27).

thum des Zahlenden[h]), dieser muß ein entschuldbarer, also regelmäßig ein factischer seyn (§. 57)[i]). Der Beweis übrigens des Irr=

h) Wer nicht schenken kann, bey dem ist die wissentliche Zahlung so gut als die irrthümliche, L. 29 D. de cond. indeb. (12, 6): interdum persona locum facit repetitioni — —.

i) L. 9 §. 5 D. de iur. et facti ign. (22, 6), L. 10 C. eod. (1, 18): Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. L. 6. 7 C. eod., L. 6. 7 C. de cond. ind. (4, 5). Für die Zulassung des Rechtsirrthums ist Mühlenbruch, Archiv für civ. Pr. II. 35, vorzüglich wegen L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4): Si quis cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. quid deinde si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. Quid deinde si commissa sit stipulatio? fideiussores putamus exceptione uti posse an non? et magis est ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non potuit. S. dagegen Savigny, System III. Beil. VIII. 35—39. Eine eigenthümliche Ansicht hat Christiansen, zur L. von der nat. obl. und cond. ind. (1844) S. 69 ff., sie hängt mit seiner Theorie von der naturalis obligatio (§. 237 Note d) zusammen: der Irrthum soll nur die Bedeutung haben, den animus solvendi und damit die solutionis causa auszuschließen, die Unterscheidung von factischem und Rechtsirrthum sodann soll für die Frage wichtig werden, ob nicht wenigstens der Wille, eine sittliche Pflicht, welche die Condictio ausschließe, zu erfüllen anzunehmen sey. (Die Streitfrage über die Bedeutung und Beschaffenheit des Irrthums hängt mit der allgemeinern über den Grund der condictio indebiti und sine causa zusammen. Die ältere Erklärung aus einem Quasicontract oder aus dem Satz, daß Niemand sich aus fremdem Vermögen mit Unrecht bereichern dürfe, ist gar keine Erklärung, da sie nicht angiebt, worin die Widerrechtlichkeit besteht. Die neueren Schriftsteller führen dieselbe größtentheils auf einen stillschweigenden Vorbehalt des Leistenden zurück, welcher wieder entweder als Mangelhaftigkeit der juristischen Absicht [Liebe, Stipulation S. 345, Gneist, formelle Verträge II. §. 5. 6.] oder als Bedingung [Donellus XIV. c. 16 §. 10 c. 24 §. 7, Christiansen a. a. O. S. 61—65, Renaud, Archiv für civ. Pr. XXIX. 4. 14 (1846), Herrmann, Zeitschr. für Civilr. und Proz. N. F. III. 3 (1846) u. A.], oder endlich als Voraussetzung [§. 63] gefaßt wird [Erxleben, die condictiones sine causa (1849) S. 25—38, 53—61. Windscheid, Voraussetzung (1850) S. 206. 207.]. Es versteht sich, daß neben dieser Selbstbeschränkung der Irrthum nur den Sinn haben kann, daß ohne ihn dem Leistenden nicht geglaubt würde, er habe nur unter einer Voraussetzung gewollt [z. B. Windscheid a. a. O. S. 5]. Noch untergeordneter ist die Qualität des Irrthums: entschuldbar muß er blos deshalb sein, weil der Leistende den

thums liegt dem Kläger nicht ob, was aber die erste Voraussetzung anlangt, so wird die Beweislast durch die geschehene Zahlung nicht verändert, wenn der Beklagte den Empfang geleugnet hat und dessen überwiesen worden ist, ebenso wenn der Zahlende eine Person ist, der sich eine leichtsinnige Anerkennung nicht existirender Schulden wohl zutrauen läßt, außerdem steht ihm die Vermuthung entgegen und er hat zu beweisen, daß er nicht schuldete; immer liegt ihm dieser Beweis ob, wenn er nur theilweise die Schuld leugnet, und wenn er sie aus Gründen leugnet, die ihn auch als Beklagten zum Beweis verpflichten würden[k]).

Kläger ist der selbst oder durch einen Andern Leistende[l]), Beklagter der Empfänger oder der den Empfang durch einen Andern ratihabirt hat[m]). Gegenstand der Klage ist was der Beklagte von der indebiti solutio hat[n]), dieß enthält eine Erweiterung durch Ac-

Empfänger an die Erfüllung der Voraussetzung glauben gemacht hat [Windscheid S. 266]. — Nun findet sich aber gerade in den entscheidendsten Stellen des R. R. auch die von Savigny und Andern [z. B. Böcking, Inst. §. 87. Sintenis, Civilr. II S. 520 f. s. auch oben §. 57] vertretene Auffassung der condictio indebiti als einer — wenn der Ausdruck erlaubt ist — Civilrestitution — gegen die solutio und von diesem Standpunkt aus muß gefordert werden, daß der Irrthum ein probabler sei. R.)

k) L. 25 D. de probat. (22, 3). (Röder, Abh. [1833] 2. Benfey, Zeitschrift für Civilr. XIV. 7. Windscheid, Voraussetzung [1850] S. 199—202. Römer, Beweislast hinsichtlich des Irrthums [1852], die jedoch den Beweis des Irrthums fordern. — Die Interpolation der L. 25 ist übrigens augenscheinlich: pr. bis §. 3 enthalten eine fehlerhafte Anwendung des Satzes negantis nulla probatio, wegen §. 4 vgl. §. 257 h. R.)

l) L. 5. 6 pr. 57 D. de cond. ind. (12, 6), L. 6 C. eod. (4, 5).

m) L. 49 D. eod.: His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit. L. 6 §. 1. 2 eod., L. 14 D. de cond. causa d. (12, 4). Von einem Empfänger, der sich nicht verpflichten kann, L. 66 D. de solut. (46, 3).

n) Indebiti soluti condictio naturalis est, L. 15 pr. D. de cond. indeb. (12, 6). L. 7 eod., L. 25 D. de praescr. verb. (19, 5): Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si penulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt. nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari iure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt (Marcian.). L. 26 §. 12 D. de cond. indeb.: Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit; condicere eum non posse, quamvis putans

cessionen, Früchte, sonstigen Gewinn[o]), aber auch, wenn der Empfänger in bona fide ist, eine Beschränkung des Gegenstands[p]).

Condictio ob turpem causam.

§. 310.

Was um eines künftigen Erfolgs willen gegeben ist, kann, der Erfolg mag eingetreten seyn oder nicht, zurückgefordert werden, wenn der Empfänger es ob turpem causam, gegen die guten Sitten, erhalten hat[a]). Die Zurückforderung aber fällt weg, wenn das Geben selbst eine Unsittlichkeit war[b]).

---

se obligatum solvit, Iulianus libro X digestorum scripsit, natura enim operas patrono libertus debet. Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere? Et Celsus libro VI digestorum putat, eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque eiusdem hominis, neque eidem exhibentur. nam plerumque robur hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem, et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus, ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Sic et in proposito, ait, posse condici quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro XX digestorum quaeritur. et dicit Marcellus, non teneri eum, nisi forte in artificio sint; hae enim iubente patrono et alii edendae sunt. Sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere, neque ei cui solvit, creditori cui alterius contemplatione solutum est, quique suum recepit, neque patrono, quia natura ei debentur (Ulp.).

o) L. 15. 65 §. 5 eod.

p) L. 65 §. 7. 8 eod., L. 37 eod., L. 18 D. de cond. furt. (13, 1), L. 14 D. de cond. causa d. (12, 4).

a) L. 1. 2. 9 D. de cond. ob turp. c. (12, 5), L. 3. 4. 6. 7 C. eod. (4, 7).

b) L. 3. 4. 8 D. L. 2. 5 C. eod., L. 2 §. 2 D. eod.: Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum condictioni locum esse, sed hic quoque crimen contrahit, iudicem enim corrumpere videtur, et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere. Anders wenn etwas evitandi tyrocinii causa gegeben ist, L. 3 C. eod.

Condictio ob iniustam causam.

§. 311.

Was an jemanden durch eine unerlaubte Handlung, die er begangen hat, gekommen ist, kann von dem, der es an ihn verloren hat, zurückgefordert werden, welches Delict es auch seyn möge, wodurch jenes Resultat herbeigeführt worden ist[a]). Die Condictio setzt aber auch hier eine Vermögensveränderung voraus (§. 307), mit Ausnahme des Falls, der von den übrigen Fällen der condictio ob iniustam causam eben deshalb durch den besondern Namen der condictio furtiva ausgeschieden wird[b]). Diese condictio ex furtiva causa hat der Eigenthümer, welcher bestohlen worden ist[c]), gegen den Dieb[d]), auf die Sache mit ihren Früchten und Accessionen oder den Werth und das volle Interesse[e]), ohne Rücksicht auf ihre gegenwärtige Existenz bey dem Beklagten[f]). Gelangen des Besitzes der gestohlenen Sache an den Klagberechtigten, Anbieten der Sache durch den Beklagten und Novation heben die Condictio auf[g]).

a) L. 6 D. de cond. ob t. vel ini. c. (12, 5): Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7 eod.: Ex ea stipulatione quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. L. 25 §. 1 D. de furt. (47, 2), L. 3 C. de cond. ex lege (4, 9).

b) L. 12 in f. D. usufr. qu. cav. (7, 9): — — et proditum est, neminem rem suam nisi furi condicere posse. §. 14 I. de action. (4, 6).

c) L. 1 D. de cond. furt. (13, 1): In furtiva re soli domino condictio competit. L. 10 §. 2 eod.: Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit. L. 10 §. 3 L. 11 eod., L. 14 §. 16 D. de furt. (47, 2). Ueber den Fall der Besitzentwendung L. 12 §. 2 D. de cond. furt.

d) L. 5 eod.: Ex furtiva causa filiofam. condici potest, nunquam enim ea condictione alius quam qui fecit, tenetur, aut heres eius. L. 6 eod.: Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur; etsi furti teneatur. L. 7 §. 2 L. 10 pr. §. 1 eod., L. 1 C. eod. (4, 8)

e) L. 3. 7. 8. 13 D. eod.

f) L. 8 §. 1 L. 16. 20 D. L. 2 C. eod.

g) L. 10 pr. 14 §. 2 D. eod., L. 17 eod.: Parvi refert ad tollendam condictionem, offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur. Nec me movet, praesens homo fuerit necne, cum mora quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Condictio sine causa*).

§. 312.

Condicirt kann werden, was ohne allen Grund aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen ist. Die Grundlosigkeit kann von Anfang bestanden haben, dahin gehört das um eines rechtlich unmöglichen Erfolgs willen[a]) oder vermöge eines ungültigen Geschäfts Gegebene[b]), die theilweise Leistung, wo sie nicht eine theilweise Tilgung der Obligatio zur Folge hat (§. 222 Note d), das Versprechen ohne materielle causa debendi (§. 257), der Schuldschein, der ohne erfolgte numeratio ausgestellt ist (§. 305 Note i), das was zum Zweck der Verpflichtung einer Person gegeben worden ist, die nicht durch den Contract, wohl aber soweit sie bereichert ist, verpflichtet wird[c]), der Werth, um den jemand durch eine von einer Handlung des vorigen Eigenthümers unabhängige Eigenthumserwerbung auf dessen Kosten bereichert worden ist[d]). Die Klage findet aber auch Statt, wenn der Grund nachher weggefallen ist, wie wenn jemand für eine abhanden gekommene Sache entschädigt worden ist und sie nachher wieder erhalten hat[e]), wegen eines Schuldscheins nach eingetretener Tilgung der Forderung[f]), wegen der Arrha nach Vollziehung des Geschäfts, zu dessen Bestärkung sie gegeben ist[g]). Diese Condictio beschränkt sich vermöge ihres Grundes auf das was der Beklagte hat; das was er sine causa hat, aber auch bloß dieses kann ihm in diesen Fällen abgefordert werden.

---

*) (Reinhard, zur Lehre von der condictio sine causa, Archiv für civ. Pr. XXIV. 7 [1846]. R.)

a) L. 5 D. de cond. sine causa (12, 7).

b) L. 65 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 6 D. de don. inter vir. (24, 1), L. 21 in f. D. de donat. (39, 5), vgl. Fragm. vat. 266. §. 2 I. quib. alien. lic. (2, 8), L. 18 C. de usur. (4, 32), vgl. §. 309 Note c.

c) L. 34 pr. D. de minor. (4, 4).

d) L. 23 D. de reb. cred. (§. 272 Note d), L. 1 C. de reb. al. non alien. (4, 51), vgl. Ihering, Abhandl. S. 78 ff. — S. auch noch die Fälle in L. 24 §. 1 L. 30 pr. D. de A. E. V. (19, 1). (Mit Unrecht wird daher die Condiction von Reinhard [a. a. O. S. 249] auf den Mangel der donationis causa beschränkt. R.)

e) L. 2 eod., vgl. L. 13 pr. 17 §. 5 D. commod. (13, 6).

f) L. 2 C. de cond. ex lege (4, 9).

g) L. 11 §. 6 D. de A. E. V. (19, 1).

3. Aestimatorischer Contract[a]).

§. 313.

Wenn eine Sache ästimirt gegeben wird, damit der Empfänger sie verkaufe, so ist dem Geber, welches auch die besondere Natur des Geschäfts sey, die aestimatoria actio praescriptis verbis gegeben, auf welche der Richter in jedem einzelnen Fall zu untersuchen hat, welchen besonderen Inhalt das Geschäft habe und nach welchen Grundsätzen es daher zu beurtheilen sey[b]). Es kann die Natur eines Mandats oder einer Dienstmiethe haben, ist es aber der eigentliche Trödelvertrag, wobey der Empfänger sich verpflichtet, die Sache oder die Aestimation zurückzubringen, so trägt er die Gefahr des Zufalls[c]), und dieß ist anzunehmen, wenn der Anstoß zu dem Geschäft von ihm ausgegangen ist[d]). Da in diesem Fall

---

a) Dig. XIX. 3: de aestimatoria. (Chambon, Beitr. zum Obl. Recht. Erster Band [1851] S. 3 ff. Vgl. über diese Schrift: Brinz, krit. Blätter, No. 1 1852. R.)

b) L. 1 pr. eod.: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. Vgl. L. 13 pr. D. de praescr. verb. (19, 5).

c) L. 1 §. 1 D. h. t. (19, 3): Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. L. 5 §. 3 D. commod. (13, 6): Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit.

d) L. 11 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis matereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quodsi non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu untereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris credidi. L. 17 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5):

auch das Eigenthum auf ihn übergeht[e]), so schließt sich diese Obligatio ihrer Begründung nach zunächst an die bisher behandelten Fälle an.

4. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum[a]).

§. 314.

Schiffer, welche Reisende mit ihren Sachen aufnehmen[b]), ebenso Wirthe unter derselben Voraussetzung und überhaupt Personen, welche Fremden Wohnung gewerbsmäßig geben[c]), haften den Aufgenommenen auf Restitution dieser Sachen, wofern nicht eine von außen kommende vis maior[d]), oder die eigene Schuld des Aufgenommenen den Verlust verursacht, oder ein Vertrag sie von der Haftung befreit hat[e]). Die Anwendung auf Landfuhrwerk ist zuläßig, soweit es als Gewerbe zur Beförderung von Per-

---

Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

e) L. 3 D. locati (19, 2): Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. Bestritten s. Glück, Comment. XVIII S. 67 ff. (Chambon a. a. O. S. 91 ff. R.)

a) Dig. IV. 9: nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. L. 1 pr. eod.: Ait praetor: nautae, caupones, stabularii, quod cuiuscunque salvum fore receperint, nisi restituent in eos iudicium dabo.

b) L. 1 §. 2—4. 6—8 L. 3 pr. eod.

c) L. 1 §. 5 L. 2. 3 §. 2 eod. Vgl. L. 6 §. 3 eod.: In factum actione caupo tenetur pro his qui habitandi causa in caupona sunt. hoc autem non pertinet ad eum qui hospitio repentino recipitur veluti viator. Die Aeußerung der L. 1 §. 1 eod.: — nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant — und der L. un. §. 6 D. furti adv. naut. (47, 5): — nec repellere potest iter agentes — hat die Frage über die Pflicht der Wirthe zur Aufnahme angeregt, worüber die Meinungen verschieden sind, s. Guyet, Archiv für civ. Pr. XVII. 2, 2. Die richtige Erklärung der zweiten Stelle (von einem factischen, nicht juristischen posse) hat gegeben Huschke, tüb. krit. Zeitschr. III S. 22 ff.

d) L. 3 §. 1 D. h. t. (4, 9).

e) L. 7 pr. eod.

sonen betrieben wird; auf Staatsanstalten dieses Zwecks kann es nicht bezogen werden[f]).

5. Dienstleistung.

§. 315.

Wer einem andern Dienste geleistet hat, ohne daß ihm eine Remuneration dafür versprochen worden ist, hat an sich keine Forderung auf eine solche. Wenn sich indessen jemand Dienste, bey denen eine Bezahlung gewöhnlich ist, von Personen, die sie gegen Vergeltung zu leisten pflegen, hat leisten lassen, so kann er auch ohne vorhergehende Zusage auf die übliche oder gesetzliche Vergeltung belangt werden[a]). Dieß gilt von den Diensten der Professionisten, Aerzte, Hebammen, Lehrer, Advocaten, Respondenten ꝛc. insbesondere auch von denen des Mäklers (proxeneta), der den Mäklerlohn (proxeneticum) für die Vermittelung eines Geschäfts zwischen andern Personen von dem, der ihn dazu aufgefordert hat, fordern kann[b]).

Ein Dienst besonderer Art ist die Beförderung und Empfehlung (suffragium) eines Bittgesuchs. Eine Vergeltung dafür setzt ein vertragsmäßiges Versprechen voraus, außerdem aber noch die wirkliche Erreichung des Gebetenen[c]).

6. Alimentationspflicht.

§. 316.

Zur Alimentation einer Person kann jemand verpflichtet seyn durch Vertrag, durch Vermächtniß, durch Delict[a]), endlich durch Verwandtschaft[b]). Diese verwandtschaftliche Verbindlichkeit, welche die Alimentationsbedürftigkeit d. h. die Entbehrung eigner Hülfe entweder wegen jugendlichen Alters oder Mangel an Vermögen

---

f) Die Meinungen darüber sind verschieden, vgl. Glück, Commentar. VI §. 493. Ch. F. Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heut. Postanstalten 1835.

a) L. 22 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 1. 4 D. de extraord. cogn. (50, 13).

b) Dig. L. 14: de proxeneticis.

c) L. un. C. de suffragio (4, 3).

a) L. ult. D. de his qui effud. (9, 3).

b) Dig. XXV. 3: de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. Cod. V. 25: de alendis liberis ac parentibus.

und Arbeitsfähigkeit voraussetzt[c]), haben der Vater und die väterlichen, sodann die Mutter und die mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder (natürlich die Anerkennung des Kindesverhältnisses im Recht vorausgesetzt)[d]), und in demselben Verhältniß die Kinder gegen jene[e]), soweit das Vermögen des Verpflichteten es zuläßt[f]), und sofern nicht dem Berechtigten entgegensteht, daß er durch sein sonstiges Verhalten die verwandtschaftliche Verbindung mit dem Verpflichteten gröblich verletzt habe[g]). Geschwister haben diese Verbindlichkeit nicht[h]). Die auf Gewohnheitsrecht beruhende Verbindlichkeit des unehelichen Vaters ist, abgesehen von dem Fall einer freiwilligen Anerkennung (Note d), nicht von der Verwandtschaft, sondern von dem Delict abzuleiten, und darnach zu beurtheilen[i]). Der Umfang der Leistung bestimmt sich, soweit er nicht

---

c) L. 5 §. 7 L. ult. D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 8 §. 5 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

d) L. 5 §. 1—5 L. 8 D. de agnosc. lib. (25, 3), Nov. 117 c. 7. Von Concubinenkindern, was auf alle von dem Vater wirklich anerkannten unehelichen Kinder anzuwenden ist, s. Nov. 89 c. 12 §. 4. 6. Von ex damnato coitu Erzeugten Nov. 89 c. 15, modificirt durch c. 5 X. de eo qui duxit in matr. (4, 7).

e) L. 5 pr. §. 1. 2. 13. 15. 16 D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 1 C. de alend. lib. (5, 25).

f) L. 2—4 C. eod., c. 5 X. de eo qui duxit in matr. (4, 7).

g) L. 5 §. 11. 23 D. de agn. lib. (25, 3). Gegen die Ansicht, daß dieß auf die Enterbungsgründe der Nov. 115 einzuschränken sey, s. Puggé, Rhein. Museum III S. 559 ff.

h) Controvers; für die Alimentationspflicht der Geschwister z. B. Thibaut, Versuche I. 12, dagegen z. B. Müller, Archiv für civ. Pr. XIII. 13, vgl. auch Glück, Comment. XXVIII §. 1290 a. b. Jene Meinung gründet sich vornehmlich auf L. 12 §. 3 L. 13 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7), L. 4 D. ubi pup. (27, 2), L. 1 §. 2 D. de tut. act. (27, 3): — non valere donationem, et plerumque ita est. Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum decreto scilicet interveniente, veluti si matri aut sorori quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit. Nam cum bonae fidei iudicium sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit. Diese Stellen enthalten nichts davon, die letzte vielmehr das Gegentheil.

i) Die Anknüpfung an die Note d cit. Stelle des canonischen Rechts, die ein vom Vater anerkanntes Kindesverhältniß voraussetzt, ist ohne Grund. Viele sprechen von einer Pflicht der Anerkennung durch den unehelichen Vater

durch Geschäft oder rechtliche Vorschrift festgesetzt ist, durch den Begriff der Alimente[k]), das dadurch zu deckende Bedürfniß, und (bey der verwandtschaftlichen Pflicht) nach dem Vermögen des Verpflichteten[l]).

7. Dotationspflicht.

§. 317.

Zur Dotation einer Frau kann jemand verpflichtet seyn durch Vertrag, durch Vermächtniß, durch Delict[a]), durch Verwandtschaft. Aus dem letztern Grund sind verpflichtet der Vater und die väterlichen Ascendenten[b]), im Nothfall auch die Mutter[c]), nicht die

(s. z. B. Mackeldey, Lehrbuch §. 541), die gar nicht existirt. Gegen die Gründung der Pflicht auf Verwandtschaft (z. B. Heerwart, Archiv für civ. Pr. XIV. 18. XVII. 3. Zeitschr. für Civilr. XVII. 9. v. Preuschen, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, Neue Folge IV. 4 [1847]. R.) s. Kämmerer, Themis II. 8. Schröter, Zeitschr. für Civilr. V. 21. Gett, die Rechtsverh. aus der unehel. Geschlechtsgemeinschaft 1836 S. 90 ff. (und dessen Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder, so wie der Deflorationsentschädigung I. Bd. 1. Heft [1850] 2. Heft [1851]. R.) Busch, Archiv für civ. Pr. XXIII. 7. Ackermann, Zeitschr. für Rechtspfl. rc. im K. R. Sachsen 1841 S. 509. Schömann, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. Neue Folge I. 4. (v. Holzschuher, Theorie und Casuistik I S. 429—446. R.) Aus dem aufgestellten Princip beantworten sich mit Sicherheit die Streitfragen: ob die exceptio plurium constupratorum befreie? ob die Ascendenten des Vaters haften? ob der uneheliche Vater das Recht der Erziehung habe? (Vgl. Puchta, Vorlesungen ed. 4 S. 182 Anm. 1. R.)

k) L. 5 §. 12 D. de agn. lib. (25, 3), L. 3 §. 2. 5 L. 4 D. ubi pup. (27, 2), L. 6. 23 D. de alim. leg. (34, 1), L. 1 §. 19 D. de ventre in poss. (37, 9), L. 6 §. 5 D. de Carb. ed. (37, 10), L. 43. 44. 234 §. 2 de V. S. (50, 16). Walther, Bedeutung und Umfang des Worts alimenta nach heut. R. R., Zeitschr. für Civilr. und Pr. XX. 8 (1844).

l) L. 5 §. 7. 10. 25. 26 D. de agn. lib. (25, 3).

a) Der Verführer ist nach canonischem Recht ad ducendam et dotandam, cap. 1 X. de adult. (5, 16), nach der Praxis nur ad ducendam vel dotandam verpflichtet. (Vgl. z. B. J. Schüßler, die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfactionsklagen [1835] 2. Ausg. [1843]. Gett, Ausführungen §. 316 i [1850. 1851]. Arnold, über Alimentations- u. Deflorationsklagen. 1851. R.)

b) L. 7 C. de dotis prom. (5, 11), L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2), Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 351.

c) L. 14 C. de iure dot. (5, 12): Neque mater pro filia dotem dare cogitur nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa —. Der speciell bestimmte Fall der L. 19 §. 1 C. de haeret. (1, 5) ist unanwendbar.

Geschwister[d]). Die Größe bestimmt sich nach dem Vermögen des Verpflichteten und dem Stand des Ehegatten durch billiges Ermessen[e]); die verwandtschaftliche Pflicht ist wie die zur Alimentation auf das Bedürfniß beschränkt, sie wiederholt sich aber auch mit diesem[f]). Der Anspruch auf Dotation steht der Frau zu (ein Anspruch des Mannes würde eine wirkliche Bestellung der Dos in sich schließen), und auch daraus ergiebt sich, daß die Frau nicht selbst zu den dotationspflichtigen Personen gehören kann; eine Pflicht der Frau, sich zu dotiren, ist eine Absurdität[g]).

8. Beerdigungspflicht[a]).

§. 318.

Die Kosten der Beerdigung zu tragen ist 1) der verpflichtet, dem mit dieser Bestimmung etwas hinterlassen worden ist[b]), sodann 2) der Erbe, so aber, daß sich durch die Begräbnißkosten die Erbschaft selbst mindert[c]); 3) bey einer Ehefrau neben dem Erben auch der, an welchen ihre Dos kommt, die sich dadurch mindert, beide nach Verhältniß der Größe der Dos und Erbschaft[d]); 4) der die väterliche Gewalt über den Verstorbenen hatte[e]), endlich 5) in

d) L. 13 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 12 §. 3 eod.: — Sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non poterit. nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est. Man hat daraus durch ein argumentum a contrario eine Pflicht des frater consanguineus entnehmen wollen, aber durch den Zusatz alio patre natae will der Jurist nur erklären, wie es kommen mag, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist.

e) Vgl. L. 60. 69 §. 4. 5 D. de iure dot. (23, 3), L. 43 D. de leg. III. (32).

f) Aber es besteht keine Pflicht zur Redotation d. h. zur Wiederholung der Dotation für dieselbe Ehe. Bestritten, s. Glück, Comm. XXV S. 78 ff.

g) Wenn also L. 32 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6) oder L. un. §. 1 C. de raptu virg. (9, 13) eine Verbindlichkeit der Frau, dem Mann eine Dos zu geben, festsetzten, was sie nicht thun, so würde dieß eine gesetzliche Dos, nicht eine gesetzliche Dotationspflicht seyn, was nicht bloß die Vertheidiger einer solchen (allgemeinen oder exceptionellen) Dotationspflicht, sondern auch ihre Bestreiter zu übersehen pflegen.

a) Dig. XI. 7. Cod. III. 44: de religiosis et sumtibus funerum.

b) L. 12 §. 4 D. h. t.

c) L. 12 §. 4 L. 14 §. 1. 17 D. eod., L. 1 §. ult. D. ad L. Falc. (35, 2).

d) L. 16—20. 22—27. 29. 30 D. h. t. (11, 7).

e) L. 21. 28 eod.

subsidium der Ehemann, soweit er es ohne Schmälerung seines Lebensunterhalts leisten kann[f]). Die Größe der Kosten richtet sich nach dem Stand und Vermögen des Verstorbenen[g]), wo sie aber nicht von seinem Vermögen bestritten werden (4. 5), nach dem des Verpflichteten[h]). Die Beerdigungskosten begreifen das, was auf die Bestattung des Leichnams verwendet wird[i]). Der Gläubiger bey dieser Obligatio ist, wer die Beerdigung besorgt hat, ohne dazu verpflichtet zu seyn; er hat gegen den Verpflichteten die funeraria actio auf Ersatz, und diese Klage ist weder durch ein Verbot des Verpflichteten ausgeschlossen, wofern der Kläger eine iusta causa für seine Besorgung der Beerdigung auch gegen dieses Verbot anführen kann, noch steht ihr entgegen, daß der Kläger in der Meinung selbst verpflichtet zu seyn handelte, nur die Absicht schenkungsweise die Kosten herzugeben schließt die Forderung aus[k]).

B. Einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

1. Commodat[a]).

§. 319.

Der Leihcontract wird geschlossen durch Ueberlieferung einer Sache zu natürlichem Besitz für einen von dem Empfänger zu machenden unentgeltlichen Gebrauch[b]). Der Commodatar erhält das Recht, den ihm verwilligten Gebrauch zu machen, diese Berechtigung, welche die Zurückforderung der reinen Willkür des Gebers entnimmt, unterscheidet das Commodat vom Precarium[c]).

---

f) L. 28 eod.

g) L. 12 §. 5 L. 14 §. 6 eod.

h) L. 21. 28 eod.

i) L. 14 §. 3—5 L. 37 eod.

k) L. 14 §. 6—16 eod.

a) Dig. XIII. 6: commodati vel contra. Cod. IV. 23: de commodato.

b) Bewegliche und unbewegliche Sachen, L. 1 §. 1 D. h. t., L. 17 pr. D. de praescr. verb. (19, 5). Keine Uebertragung des Eigenthums oder juristischen Besitzes, L. 8. 9. 15. 16 D. h. t. Kein Gebrauch, welcher die Rückgabe derselben Species hindert, L. 3 §. 6 L. 6 § 4 eod.

c) L. 17 §. 3 eod.: — modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque, geritur enim negotium invicem —. Vgl.

Der Commodant hat die actio commodati auf Restitution, dem Commodatar wird sie als contraria wegen außerordentlicher Weise nöthig gewordener Verwendungen auf die Sache gegeben[d]); in beiden Fällen geht die Klage überdieß auf Prästation der Culpa nach den allgemeinen Grundsätzen (§. 267)[e]).

2. Pfandcontract[a]).

§. 320.

Der Pfandcontract wird geschlossen durch Ueberlieferung einer Sache zu Faustpfand. Der Empfänger contrahirt dadurch, unabhängig von der Entstehung des Pfandrechts[b]), die Verbindlichkeit zur Restitution der Sache mit Früchten und Accessionen[c]) und Prästation jeder Culpa[d]), worauf dem Geber die pigneraticia actio nach Beendigung des Pfandrechts zusteht[e]). Der Empfänger hat die Klage als contraria wegen Verwendungen[f]) und wegen Benachtheiligung durch Schuld des Pfandgebers[g]). Aus dem pactum hypothecae entsteht keine Obligatio, ist aber der Gläubiger vermöge seiner Hypothek nachher in den Besitz gekommen, so hat der Verpfänder gegen ihn eine utilis pigneraticia actio[h]).

Ein Pfandcontract ist auch die ἀντίχρησις, wodurch dem Gläubiger für die Benutzung des geschuldeten Gegenstands durch den

---

auch C. G. Schmidt, das comm. und prec. 1841 S. 157 ff. (Bulling, das Precarium 1846. R.)

d) L. 18 §. 2. 4 eod.

e) L. 3 §. 1 L. 5 §. 2. 3. 10 L. 10 pr. 17 §. 3 L. 18 pr. §. 3 L. 23 eod.

a) Dig. XIII. 7. Cod. IV. 24: de pigneraticia actione vel contra.

b) L. 9 §. 4 L. 11 §. 2 D. h. t.

c) L. 22 pr. §. 2 L. 40 §. 2 eod., L. 1—3 C. eod. S. g. antichresis tacita, L. 8 D. in qu. caus. pign. (20, 2): Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. (Dagegen zuletzt: Stephan, Archiv für civ. Pr. XXX. 13 [1847]. R.)

d) L. 13 §. 1 D. h. t. (13, 7).

e) L. 9 §. 3—5 L. 10. 11 eod. Wegen L. 10. 12 C. eod. (4, 24) haben Einige geglaubt, die Klage sey unverjährbar, vgl. Glück, Comment. XVI S. 169.

f) L. 8 pr. §. 1 L. 22 §. 4 L. 25 D. h. t. (13, 7).

g) L. 16 §. 1 L. 31 eod.

h) L. 34 D. de damno inf. (39, 2), L. 27 D. de pign. (20, 1).

Schuldner die Benutzung einer Sache überlassen wird, mit Ueberlieferung des juristischen oder auch bloß des natürlichen Besitzes der Sache[i]).

3. Depositum[a]).

§. 321.

Der Hinterlegungscontract wird durch Ueberlieferung einer beweglichen Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung geschlossen[b]). Der Deponent braucht nicht Eigenthümer zu seyn[c]), der Depositar darf es nicht seyn[d]). Auch durch den Contract wird er es nicht, doch ist es möglich, daß fungible Sachen dergestalt deponirt werden, daß sie nicht in specie, sondern in genere restituirt werden sollen (irreguläres Depositum); hier geht Eigenthum und Gefahr auf den Depositar über, sonst aber wird das Geschäft der Intention der Contrahenten gemäß wie ein Depositum behandelt[e]). Werden aber fungible Sachen regulär deponirt, und nachher oder auch schon im Voraus dem Depositar der Gebrauch der Sachen gestattet, so geht, dort durch die acceptirte Erlaubniß, hier durch den wirklichen Gebrauch, das bisherige Depositum in ein Darlehen über[f]).

Der Depositar verpflichtet sich, die Sache in seinem Gewahrsam stehen zu lassen, durch weitere Obliegenheiten, die er übernimmt, wird der Vertrag zum Mandat[g]). Damit hängt zusammen,

---

i) L. 33 D. h. t. (13, 7), L. 11 §. 1 D. de pign. (20, 1): Si ἀντίχρησις (id est mutuus pignoris usus pro credito) facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque, itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti (Marcian. libro sing. ad formulam hypothecariam).

a) Dig. XVI. 3. Cod. IV. 34: depositi vel contra.

b) L. 1 pr. §. 8—10 D. h. t.

c) L. 1 §. 39 eod.

d) L. 15. 31 §. 1 eod., L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17).

e) L. 24. 25 §. 1 L. 26 §. 1 D. h. t. (16, 3). L. 31 D. locati (19, 2). A. C. J. Schmidt, über das depositum irregulare: Archiv für civ. Pr. XXX. 3 [1847]. R.)

f) L. 9 §. 9 L. 10 D. de reb. cred. (12, 1), L. 34 pr. D. mand. (17, 1). Ueber L. 29 §. 1 D. h. t. vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1846] II. 6. 3. R.)

g) L. 1 §. 9 D. h. t. (16, 3), L. 1 §. 12. 13 eod.: Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recipit, viden-

daß die Accessionen der Sache nicht schon stillschweigend als mitdeponirt zu betrachten sind[h]), wohl aber bey einer versiegelten Kiste auch der Inhalt[i]). Der Deponent hat die depositi actio auf Restitution und Prästation von dolus und culpa lata[k]), oder wenn der Depositar ohne solches Verschulden weiter deponirt hat, auf Prästation der Klage[l]), der Erbe des Depositars, der die Sache bona fide veräußert hat, haftet nur auf den dafür erhaltenen Preis[m]). Bey einem Depositum im Fall gemeiner Noth: Tumult, Feuersbrunst, Einsturz, Schiffbruch (s. g. depositum miserabile), geht die Klage wegen Dolus auf das Doppelte[n]). Mehrere Depositarien (nicht mehrere Erben eines Depositars) haften in solidum, jeder ist vollständig Depositar[o]). Mehrere Deponenten haben die Forderung an sich nur pro parte[p]). Die Forderung kann zu jeder Zeit erhoben werden, denn der Depositar hat kein Recht auf den Besitz[q]), daher hat er auch wegen Gegenforderungen aus dem Contract nicht die exceptio doli[r]), wohl aber, wenn er restituirt hat, die contraria actio bey demselben Richter[s]).

---

dum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit? Et Pomponius dubitat; puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

h) L. 1 §. 5 eod.

i) L. 1 §. 41 eod.

k) L. 1 §. 8 eod. Modificationen, L. 1 §. 6. 35 eod. Die Erben, L. 7 §. 1 L. 9. 10 eod., L. 1 §. 1 eod.

l) L. 16 eod.

m) L. 1 §. ult. L. 2—4 eod.

n) L. 1 §. 1—4 L. 18 eod.

o) L. 1 §. 43 L. 9. 10 eod.

p) L. 1 §. 44. 46 L. 17 pr. eod.

q) L. 1 §. 22. 45. 46 eod., §. 6 I. de obl. ex del. (4, 1).

r) L. 11 C. h. t. (4, 34). Streitfrage: ob nicht dennoch wegen nothwendiger Verwendungen? Glück, Commentar XV S. 199 ff. — Natürlich bezieht sich diese Beschränkung nicht auf Negationen, und eine solche ist auch die Behauptung des Depositars, Eigenthümer der deponirten Sache zu seyn (Note d). Nur hat freilich der Deponent als juristischer Besitzer die possessorischen Interdicte, womit er der Verzögerung der Restitution durch jenen Einwand begegnen kann.

s) L. 23 D. h. t. (16, 3).

§. 322.

Die Ueberlieferung eines Gegenstands an einen Dritten zur Verwahrung und Erhaltung kann als ein Mittel, streitige oder sonst noch nicht realisirbare Ansprüche daran zu sichern, gebraucht werden, sie heißt in diesem Fall Sequestration, und kann auf einer Uebereinkunft unter den Parteien[t]) oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen[u]). Der Contract mit dem Sequester wird in der Regel Depositum, aber er kann auch Mandat, locatio et conductio seyn, und darnach richten sich die Pflichten des Sequesters[v]). Umgekehrt aber wird diese Obligatio auch durch den Zweck, zu dem sie eingegangen ist, modificirt. Die actio (depositi etc.) sequestraria auf Restitution findet 1) nur Statt, wenn die Bedingung der Sequestration eingetreten ist, oder die Sequestration durch Uebereinkunft aller Parteien oder richterliche Verfügung aufgehoben wird, 2) sie steht, wenn die Sequestration durch einen Rechtsstreit über das Object veranlaßt ist, dem Sieger in solidum zu[w]).

4. Mandatum[a]).

§. 323.

Das Mandat ist der Vertrag, wodurch jemand (mandatarius) die ihm von dem andern Contrahenten aufgetragene Ausrichtung von Geschäften unentgeltlich[b]) übernimmt. Nur solche Geschäfte können Gegenstand des Mandats seyn, die erlaubt[c]), erst vorzunehmende sind[d]), und bey deren Ausrichtung noch eine andere Person als der Mandatar selbst ein Interesse hat, sey es der

---

t) L. 110 D. de V. S. (50, 16), L. 6. 17 D. h. t. (16, 3).

u) L. 22 §. 8 D. sol. matr. (24, 3), L. 3 §. 6 D. de lib. exhib. (43, 30).

v) L. 5 §. 2 L. 12 §. 2 D. h. t. (16, 3), L. 9 §. 3 D. de dolo (4, 3).

w) L. 17 pr. D. h. t. (16, 3): Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt. Nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur, itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

a) Inst. III. 26: de mandato. Dig. XVII. 1. Cod. IV. 35: mandati vel contra.

b) L. 1 §. 4 L. 6 pr. 7 D. h. t.

c) L. 6 §. 3 L. 22 §. 6 eod.

d) L. 12 §. 14 eod. (§. 404 Note d).

Mandant oder ein Dritter[e]). Damit hängt zusammen, daß der Gegenstand des Mandats zwar nicht bloß speciell (Specialmandat), sondern auch generell bezeichnet werden kann, indem eine gewisse Gattung von Geschäften aufgetragen wird (Generalmandat), aber daß er nicht gänzlich unbestimmt gelassen seyn darf[f]). Das Mandat kann auch stillschweigend geschlossen werden[g]). Die Wirkung des Mandats ist theils die Constituirung des Repräsentationsverhältnisses mit seinen Folgen (§. 52. 53. 130. 131. 148. 273. 275. 278. 279. 280 ff.), in dieser Beziehung heißt das Mandat Vollmacht, theils eine Obligatio zwischen dem Mandanten und Mandatar, aus welcher jener die actio mandati directa, dieser die contraria hat. Bloß diese Wirkung gehört hieher.

§. 324.

Die Verbindlichkeiten des Mandatars aus dem Mandat, die mit der directa mandati actio geltend gemacht werden, gehen 1) auf

---

e) L. 2 pr. eod.: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. L. 2 §. 1—5 eod., L. 2 §. 6 eod.: — — cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur —. L. 6 §. 5 eod.: Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Vgl. L. 32 eod. — L. 6 §. 4 eod.: Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro VII digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus (Ulp.). L. 8 §. 6 eod.: Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenus competit, quatenus interest. ut puta mandavi tibi, ut fundum emeres, si intererat mea emi teneberis, ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi ut negotia gereres, si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum (Ulp.).

f) L. 48 §. 2 eod.: Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.

g) L. 1 pr. §. 1. 2 L. 6 §. 2 L. 18 eod.

genaue und der Instruction gemäße Erfüllung des Auftrags. Ist keine oder keine vollständige Instruction ertheilt (incertum mandatum), so giebt sie der Vortheil des Mandanten[h]); 2) auf Restitution alles dessen, was durch die aufgetragenen Geschäfte an ihn gekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat; es ist ihm kein Gewinn von seiner Eigenschaft als Mandatar bestimmt[i]); 3) auf Prästation von omnis culpa[k]); für diese hat er auch bey Anstellung eines Substituten, wo ihm diese, wie es die Regel ist, zukommt, einzustehen, hat er bey der Anstellung nichts versehen, so beschränkt sich seine Hoffnung auf das, was ihm seine mandati actio gegen den Substituten zu gewähren vermag[l]). Die Substitution kann aber dem Mandatar untersagt seyn, und dann haftet er schlechthin für den Substituten, wie überhaupt für jeden Nachtheil, der durch die Substitution dem Dominus entsteht. Dieses Verbot kann auch stillschweigend in der Natur des Geschäfts liegen[m]). 4) Einer von mehreren Mandatarien haftet für das, was ihm aufgetragen ist, eben so wie sonst[n]).

Auf der andern Seite ist der Mandant dem Mandatar verpflichtet 1) zum Ersatz des auf die Erfüllung des Auftrags gemachten Aufwands, nebst den Zinsen, die dem Mandatar durch diese Verwendung seines Geldes entgangen sind[o]); 2) zur Befreiung des Mandatars von den in dieser Eigenschaft übernommenen Verbindlichkeiten[p]); 3) zur Prästation von omnis culpa; der zufällige Schaden, der den Mandatar bey der Ausrichtung des Auftrags trifft, wird ihm nicht ersetzt[q]). Die actio mandati con-

---

h) L. 5. 46 D. h. t. (17, 1).

i) L. 8 §. 9. 10 L. 10 §. 2. 3. 8 L. 20 pr. eod., L. 46 §. 4 D. de procurat. (3, 3).

k) L. 13 C. h. t. (4, 35). (Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß V [1848] 2 Num. 10. R.)

l) L. 8 §. 3 D. h. t. (17, 1), L. 28 D. de neg. gest. (3, 5), L. 2 §. 1 D. si mensor (11, 6).

m) Im canonischen Recht kommt ein gesetzliches Verbot der Substitution vor, wenn sie nicht der Mandant ausdrücklich gestattet hat, nämlich bey dem zur Schließung einer Ehe Bevollmächtigten, cap. 9 de procur. in VI (1, 19).

n) L. 60 §. 2 D. h. t. (17, 1).

o) L. 10 §. 9 L. 12 §. 9 L. 27 §. 4 L. 56 §. 4 eod.

p) L. 45 eod.

q) L. 26 §. 6. 7 eod.

traria wegen dieser Verbindlichkeiten hat der Mandatar gegen mehrere Mandanten in solidum[r]). Er hat aber auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten nur insofern Anspruch, als er die Gränzen des Auftrags nicht überschritten, oder die Ueberschreitung, wenn dieß möglich ist, wieder gut gemacht[s]), überhaupt aber auch seine übrigen Verbindlichkeiten erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist; daß der Zweck des Mandats wirklich erreicht sey, ist nicht erforderlich, denn darauf geht die Verbindlichkeit des Mandatars nicht[t]).

§. 325.

Das Mandatverhältniß, welches durch den Mandatcontract beginnt, ist während seiner Dauer die Quelle dieser Verbindlichkeiten (§. 324), so wie des Repräsentationsverhältnisses (§. 323 a. E.). Dieses Verhältniß, also die Eigenschaft des Mandatars als solchen, hört auf 1) durch Beendigung des aufgetragenen Geschäfts; 2) durch Widerruf des Mandanten[u]), der auch stillschweigend durch Beauftragung eines Andern oder eigene Besorgung des Geschäfts geschehen kann[v]); 3) durch Aufkündigung des Mandatars (renuntiatio) mit Meldung an den Mandanten[w]); in beiden Fällen aber kann Widerruf und Aufkündigung selbst noch die mandati actio wegen eines dadurch verschuldeten Nachtheils begründen[x]); 4) durch den Tod des Mandanten[y]), 5) durch den Tod des Mandatars[z]); aber auch in diesen Fällen kann die mandati actio unter Umständen wegen späterer Handlungen begründet seyn[aa]).

---

r) L. 59 §. 3 eod.

s) L. 3 §. 2 L. 4. 41 eod.

t) L. 56 §. 4 eod.

u) L. 12 §. 16 L. 15 eod.

v) L. 31 §. 2 D. de procur. (3, 3), L. 3 C. h. t. (4, 35).

w) L. 22 §. ult. L. 27 §. 2 D. h. t. (17, 1).

x) Doch kann auch eine unzeitige Renunciation eine Entschuldigung für sich haben, L. 23—25. 27 §. 2 eod.

y) L. 26 pr. §. 1 eod. Vgl. L. 12 §. ult. L. 13. 27 §. 1 eod., L. 15 C. eod. (4, 35): Mandatum re integra domini morte finitur.

z) L. 27 §. 3 D. eod., L. 57 eod. (§. 173 Note g).

aa) L. 58 pr. eod.: Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quodsi sine mandatu defensionem suscepisti, nego-

In keinem Fall werden die durch die bisherige Dauer des Verhältnisses entstandenen Ansprüche durch diese Auflösungen des Mandats aufgehoben [bb]).

§. 326.

Besondere Anwendungen des Mandats sind 1) das s. g. mandatum qualificatum, Intercession in der Form des Mandats, durch welchen Inhalt dieses Mandat in gewissen Punkten eine eigenthümliche Natur erhält (§. 404); 2) die Cession (§. 281—285); 3) die Assignation, Auftrag an den Assignatar, eine Summe im Namen des Assignanten von dem Assignaten zu erheben, insonderheit mit der Intention, daß der Assignatar die Summe für eigene Rechnung erheben soll. Damit verknüpft sich ein Auftrag an den Assignatus (sey dieser Schuldner des Assignanten oder nicht), dem Assignatar zu zahlen (Zahlungsmandat). Dieses Mandat kann bis zur Zahlung, oder was dieser gleichsteht, wie ein anderes widerrufen werden, nicht bloß jenes erste an den Assignatar [cc]), sondern auch das zweite an den Assignatus [dd]), auch wenn dieser sich gegen den Assignatar bereit erklärt hätte, zu zahlen [ee]), soweit diese Erklärung nicht eine, und zwar mandatmäßige Verpflichtung gegen den Assignatar, die der wirklichen Zahlung gleichstehen würde, enthält.

5. Negotiorum Gestio [a]).

§. 327.

Durch die Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag entsteht eine Obligatio zwischen dem dominus negotii und dem Gestor. Die directa negotiorum gestorum actio des Dominus, d. h. dessen

---

tium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici, et heredem eius eadem actione teneri.

bb) L. 58 pr. eod. (Note aa).

cc) Daher denn auch von der andern Seite Assignation keine Zahlung ist.

dd) L. 106. 108 D. de solut. (46, 3).

ee) Bestritten, s. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. II. 13. Thöl, Handelsrecht §. 114 ff. 119. 121 ff.

a) Dig. III. 5. Cod. II. 19: de negotiis gestis. (Eine abgesonderte Darstellung hat versucht: E. Chambon, die Negotiorum Gestio 1848. Ruhstrat, Beitr. zur Lehre von der Negotiorum Gestio: Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 7. XXXIII. [1850] 2, 9. 11. XXXIV. [1851] 3. Rein-

Geschäfte geführt sind[b]), erfordert zu ihrer Begründung nichts als jenes[c]), die contraria des Gestors aber außerdem die Besorgung mit der Absicht, einen Anspruch daraus zu erhalten[d]), nicht gegen Verbot[e]), und daß die Führung zum Vortheil geschehen sey[f]).

---

bard, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VIII. [1850] 3. Leist, civilist. Studien Heft 2 [s. §. 171 bb] 1855 S. 103—160. A. Brinkmann, das Verh. der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander 1855. Danckwardt, die neg. gestio 1855. Die letztere kleine Schrift hat [§. 19 ff.] das Verdienst einer schärferen Sonderung der negotiorum gestio 1) aus einem voraufgehenden, 2) nachfolgenden, 3) fingirten Mandat und 4) ohne Absicht der Stellvertretung (Invasion, Irrthum), die man oft vermischt hat. R.)

b) L. 9 §. 9—11 D. h. t. (3, 5).

c) L. 3 pr. L. 6 §. 2 eod., L. 6 §. 3 eod.: Sed et si quis mea negotia gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse. qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem.

d) L. 5. 6 §. 6—8 L. 27 §. 1 L. 44 eod., L. 2. 11. 15 C. eod. (2, 19), L. 14 §. 1 L. 29 pr. D. comm. div. (10, 3). Besonderes Recht des Erbschaftsbesitzers, L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3). Ueber die angebliche negot. gest. a. utilis dessen, welcher seine eigenen Geschäfte zu führen glaubte, vgl. Kämmerer, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VIII. 3. 4. 8 (1835) und oben §. 279.

e) L. 8 §. 3 D. h. t. (3, 5).

f) L. 10 §. 1 eod.: Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet. Is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit, non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur. Iuxta hoc est et quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit

§. 328.

Die Verbindlichkeiten des Gestor und des Dominus sind denen aus dem Mandat analog. Der Mangel eines Auftrags aber bewirkt, daß der Gestor auch für den Zufall einzustehen hat bey einer neuen Unternehmung, die er gegen die Art und Weise, wie der Dominus seine Geschäfte betrieben, gemacht hat[g]), und daß er umgekehrt, wenn er sich zu einer Zeit, wo ohne ihn diese Güter für den Dominus verloren gegangen wären, interponirt hat, nur dolus und culpa lata prästirt[h]). Der Gestor ist auch wegen dessen verpflichtet, was er nicht gerirt hat, da er sich der Geschäftsführung einmal angenommen, und dadurch vielleicht einen Andern davon abgehalten hat[i]); damit hängt zusammen, daß er von seiner eigenen Schuld an den Dominus Verzugszinsen zu zahlen hat[k]), und das nach Abzug der Kosten der Verwaltung übrige Geld verzinsen muß[l]).

§. 329.

In einigen Fällen der Geschäftsführung ohne Auftrag sind besondere Klagen gegeben, unter Umständen, wo die negotiorum gestorum actio für den Gestor nicht stattfinden würde. Eine solche ist die funeraria actio (§. 318), ferner die in factum actio in Folge der in possessionem missio. Ein Gläubiger, der in den Besitz von Gütern seines Schuldners eingewiesen ist, kann in Beziehung auf die Verwaltung derselben nicht als negotiorum gestor betrachtet werden, da es sein eigenes Interesse ist, welches er betreibt[m]), es ist daher eine in factum actio ihm und gegen ihn, nach der Analogie der negotiorum gestorum actio directa und contraria,

---

secutus. Ego quaero, quid si putavit utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum. Vgl. L. 9 eod. (Anwendung auf geleistete Dienste und Alimente: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VII. [1850] Num. 1. R.)

g) L. 11 eod.

h) L. 3 §. 9 eod.

i) L. 6 §. ult. eod.

k) L. 38 eod.

l) L. 31 §. 3 eod., vgl. jedoch L. 13 §. 1 D. de usur. (22, 1).

m) L. 9 §. 4 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

gegeben[n]). Doch prästirt der Gläubiger nur Dolus und culpa lata[o]).

6. Cura Bonorum[a]).

§. 330.

Es giebt Geschäftsführungen, die nicht wie die des Mandatars und des Negotiorum Gestor eine reine Privatsache sind, sondern die zugleich als Gegenstand öffentlichen Interesses behandelt werden, daher denn ihr Eintritt und ihre Ausrichtung unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht steht. Dahin gehören vor allem die Fälle, wo für Güter, die einer Verwaltung bedürfen (aber nicht — worin der Unterschied dieser Verwaltung von der Vormundschaft besteht — wegen persönlicher Eigenschaften des Subjects), durch obrigkeitliche Verfügung eine cura bonorum angeordnet, und ein curator bonorum gesetzt wird. Das Amt desselben ist nach Analogie des vormundschaftlichen zu beurtheilen[b]), nur mit folgenden Ausnahmen: 1) der curator bonorum hat keine administratio, sondern nur custodia rerum (§. 348), daher keine Veräußerungsbefugniß, mit Ausnahme solcher Gegenstände, die außerdem zu Grunde gehen würden[c]); 2) die Uebernahme einer Cura Bonorum ist freiwillig, wofern nicht ein Nothfall eintritt[d]), und damit hängt zusammen, daß 3) der curator bonorum, wie ein Mandatar oder Gestor, omnem culpam zu prästiren hat[e]).

Eine solche cura bonorum tritt ein:

1) im Concurs zur Verwaltung der Concursmasse; der Richter

---

n) L. 9 pr. §. 1—3. 6 L. 14 §. 1 eod.

o) L. 9 §. 5 eod.

a) Dig. XLII. 7: de curatore bonis dando. XXXVII. 9: de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

b) So auch in Absicht auf die Cautionspflicht, L. 3 C. de postlim. (8, 51), L. 8 D. de cur. fur. (27, 10). Das gesetzliche Pfandrecht der bevormundeten Personen findet hier keine Anwendung, vgl. L. 22 §. 1 L. 24 D. de reb. auct. iud. (42, 5): Sed si bonis curator datus sit vel absentis vel ab hostibus capti vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari, non enim in eadem causa est. Si ventri curator datus sit, nec partus editus, privilegium cessabit.

c) L. 48 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 §. 4 D. de munerib. (50, 4).

d) L. 2 §. 3 D. de cur. bon. d. (42, 7), vgl. L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4).

e) L. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

bestellt eine von der Mehrheit der Gläubiger vorgeschlagene Person zum Massecurator[f]).

2) Wenn die Erben zu einer Erbschaft noch ungewiß sind, so wird ein curator bonorum ernannt; namentlich wenn die Erben über den Antritt deliberiren, zum Besten der Erbschaftsgläubiger[g]). Ferner wenn der Erbe noch nicht geboren ist, so wird der curator ventris in Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger auch als curator bonorum ventris nomine, oder auch nach Umständen neben jenem ein besonderer curator bonorum gegeben[h]). Der curator ventris selbst ist übrigens ebenfalls ein curator bonorum. Dann wird, wenn einem Unmündigen, der Anspruch auf die bonorum possessio ex edicto Carboniano hat, das Erbrecht bestritten wird, und keine von beiden Parteien die ihr die Verwaltung verschaffende Caution leistet, ebenfalls ein curator bonorum ernannt[i]). Endlich aber kann auch ohne Rücksicht auf Erbschaftsgläubiger oder einen Streit über das Erbrecht schon wegen der bloßen Ungewißheit der Erben ein Curator für die hereditas iacens ernannt werden[k]). Dahin gehört auch der curator hereditatis, der für eine einem filiusfamilias angefallene Erbschaft bestellt wird, zu deren Antritt der Vater nicht seine Zustimmung geben, noch auch ihre Verwaltung übernehmen will[l]).

3) Für die Güter eines Abwesenden, der nicht selbst eine hinlängliche Verwaltung derselben angeordnet hat, wird erforderlichen Falls ein curator (absentis) bestellt, entweder aus Rücksicht auf den Abwesenden selbst, oder seine Gläubiger, oder seine künftigen Erben[m]). Dieß geschieht insonderheit im Fall der Verschollenheit des Abwesenden[n]).

---

f) L. 2 pr. D. de cur. bon. d. (42, 7), L. 5. 9 D. de curat. fur. (27, 10), vgl. Rudorff, Vormundschaft I §. 21.

g) L. 3 eod., L. 8. 9 pr. D. quib. ex caus. in poss. (42, 4).

h) L. 8 D. de cur. fur. (27, 10), L. 1 §. 17. 18 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

i) L. 5 §. 2 D. de Carbon. ed. (37, 10).

k) L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4).

l) L. 8 §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

m) L. 15 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), L. 6 §. 4 D. de tutel. (26, 1), L. 6 §. 2 D. qu. ex caus. in poss. (42, 4), L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4), L. 3 C. de postlim. (8, 51).

n) Vgl. Rudorff, Vormundschaft I §. 19. 20.

7. Vormundschaft[a]).

a. Begriff.

§. 331.

Ein zweiter Fall der Geschäftsführung, die über die Eigenschaft einer bloßen Privatsache sich erhebt, ist die Vormundschaft. Sie ist das Verhältniß, wodurch einer Person (Vormund) die Verwaltung des Vermögens einer andern, wegen persönlicher Eigenschaften nicht oder nicht vollkommen dazu geschickten (des Mündels) unter öffentlicher Autorität und Aufsicht übertragen ist. Der wesentliche Inhalt dieses Verhältnisses ist die Vermögensverwaltung, sey sie extensiv oder intensiv beschränkter oder unbeschränkter, accessorisch sind die übrigen möglichen Seiten des vormundschaftlichen Amtes (§. 347), die auch nicht bey allen Vormundschaften sich finden. Die öffentliche Fürsorge, unter welcher das Verhältniß steht, bethätigt sich theils durch die rechtliche Gestaltung der Vormundschaft selbst, die darauf berechnet ist, daß jeder Bedürftige einen Vormund erhalte, und daß die erforderlichen Garantien für eine zweckmäßige und ersprießliche Verwaltung gegeben werden, theils durch eine selbstthätige Einwirkung der öffentlichen Behörden auf die Führung der einzelnen Vormundschaften. Das Verhältniß der Behörden, denen dieser Beruf anvertraut ist, zu den unter ihrem Einfluß stehenden Vormundschaften heißt Obervormundschaft. Schon das römische Recht hat mit der Entwickelung dieses obervormundschaftlichen Berufs den Anfang gemacht, vollständig anerkannt und ausgeführt hat ihn das neuere Recht[b]), ja manche

---

a) Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten 3 Bde. 1832—1834. Vgl. Krant, die Vormundschaft nach den Grundſ. des deutschen Rechts 1835.

b) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 1. 3: „Wiewohl in gemeinen beschriebenen Rechten disponiret und versehen ist, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden, und derselben Nutz und Wohlfahrt gesucht und gefördert werden solle, so befind sich doch vielmals, daß in solchen Sachen von den Vormündern betrüglich, versäumlich und nicht mit dem Fleiß, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, den Pupillen und minderjährigen Kindern zu merklichem Nachtheil und Schaden. Wenn aber nun den Obrigkeiten zusteht, in dem gebührlich und billig Einsehens haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheiligt bleiben, so wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Grafen, Prälaten, Herren, von Adel und Communen hier-

Particularrechte sind in dieser Beziehung so weit gegangen, daß in ihnen die vormundschaftliche Verwaltung von der obervormundschaftlichen so viel möglich nahezu absorbirt worden ist, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem.

§. 332.

Die rechtliche Form des vormundschaftlichen Verhältnisses war im ältesten römischen Recht die einer Gewalt, welche den Untergebenen zwar nicht der Fähigkeit der Vermögensrechte, aber der Vermögensdisposition beraubte[c]); daher bildete die Frage, ob jemand bevormundet sey oder nicht, einen Theil des ius personarum[d]). Die Auffassung war schon zur Zeit der classischen Juristen antiquirt, die Handlungsunfähigkeit der Unmündigen, der Frauen, der Prodigi wurde nicht mehr aus der Vormundschaft abgeleitet, sondern als ein davon unabhängiger Mangel, und umgekehrt als eine Veranlassung der Vormundschaft betrachtet; um ferner dem Vormund die Administrationsrechte zuzuerkennen, fand man es nicht mehr für nöthig, sie auf eine Gewalt des Vormunds zu gründen, was mit der modernen Anschauung der Vor-

mit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten, dermassen Vorsehung zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet, oder ihre angeborne Freunde und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollten, oder dazu tauglich und geschickt wären, gegeben werden. — — indem dann alle und jede Obrigkeiten vermöge göttlicher und unserer Kaiserlichen Gebot sonders fleißiges Aufsehens zu thun, aus tragendem Amt sich schuldig erkennen, und darum keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind oder dessen Güter ungestraft hingehen lassen sollen."

c) Vgl. Cic. de invent. II. 50: Lex est, si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Die Formel der Prodigalitätserklärung bey Paulus, sent. III. 4. a, 7: — tibi ea re commercioque interdico. Die Definition des Servius: tutela est ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa §. 1 I. de tut. (1, 13), L. 1 pr. D. eod. (26, 1).

d) Gai. I. 142. Nicht des Familienrechts, wie Manche das ius personarum irrthümlich genommen haben, sonst würde ein Latinus nicht haben Vormund seyn können.

mundschaft als eines lediglich zum Besten der Bevormundeten bestehenden Instituts nicht mehr im Einklang gewesen wäre. Das Verhältniß erhielt nun die Form einer Obligatio zwischen dem Vormund und dem Mündel. Die gewöhnliche Ansicht unserer Juristen, daß die Vormundschaft ein Familienverhältniß sey, findet weder in der Entstehung (abgesehen von der gesetzlichen Vormundschaft der Verwandten) noch in der juristischen Natur des Verhältnisses die mindeste Begründung, und ist dem römischen Recht so fremd, wie den neueren Gesetzgebungen, die weit eher geneigt sind, das Institut in das öffentliche, als in das Familienrecht hinüberzuziehen[e]).

b. Arten der Vormundschaft[a]).

§. 333.

Das Bedürfniß einer Verwaltung des Vermögens oder einzelner Theile desselben ist das allgemeine, welches eine Vormundschaft hervorruft, und die Abhülfe desselben ist es, was die beiden Arten der Vormundschaft, tutela und cura, in der Gestalt, wie sie im neuesten R. R. vorkommen, mit einander gemein haben[b]).

e) Man hat es für eine Inconsequenz gehalten, daß, während ich der Vormundschaft die Stelle unter den Obligationen gegeben habe, nicht auch das Dotalrecht von mir hieher gestellt worden ist. Dieser Einwurf würde nur dann einen Grund haben, wenn die Vormundschaft an und für sich eine besondere Stelle des privatrechtlichen Systems einnähme, wie dieß bey der Ehe in der That der Fall ist. Aber das Institut hat (abgesehen von der auctoritas tutoris, in welcher — sehr partiellen und heutzutage wenig wichtigen — Hinsicht die Vormundschaft zur Handlungsfähigkeit gehört §. 50) nur in seiner Eigenschaft als Obligatio einen privatrechtlichen Charakter; sollte das, was es außerdem ist, seine systematische Stellung bestimmen, und die Obligatio nach sich ziehen, so würde es ganz in das öffentliche Recht zu verweisen seyn. Dieß aber wäre eine Nachgiebigkeit gegen die am Ende des §. 331 angedeuteten Tendenzen, deren die Theorie alle Ursache hat sich zu enthalten.

a) Inst. I. 13. Dig. XXVI. 1: de tutelis. Inst. I. 23: de curatoribus. Dig. XXVI. 5: de tutoribus et curatoribus datis — et in quibus causis specialiter dari possunt. XXVII. 10: de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. V. 36: in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. 44: de in litem dando tutore vel curatore. 70: de curatore furiosi vel prodigi.

b) Im älteren Recht giebt es eine Art der Tutel, die tutela mulierum, welche sich auf die Administratio nicht erstreckt.

Bey gewissen Personen aber kommt zu diesem allgemeinen Bedürfniß noch das besondere einer Ergänzung ihrer Handlungsfähigkeit, diese, die impuberes, bedürfen daher einen Vormund, mit dessen auctoritas sie die Geschäfte, deren sie für sich unfähig sind, vornehmen können. Ein solcher Vormund ist der Tutor, während in dem Curator nur der einfache Begriff von Vormund liegt [c].

So erhalten also 1) einen Tutor impuberes, wenn die Bedingungen der Vormundschaft für sie eintreten [d]; 2) einen Curator

---

c) L. 19 D. de auct. tut. (26, 8): Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea quae solennitatem iuris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse. L. 17 §. 1 D. de appell. (49, 1): Tutor pupillo datus si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est. §. 4 I. qui dari tut. testamento poss. (1, 14): Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur. L. 12—15 D. de testam. tut. (26, 2): Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus. Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit. Quia personae, non rei vel causae datur. Si tamen tutor detur rei africanae vel rei syriaticae, utilis datio est, hoc enim iure utimur. L. 9 D. de tut. datis (26, 5): Impuberi ad hereditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est. Vgl. v. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, Magazin für Rechtswiss. III. 1 u. 14, und Bethmann-Hollweg, Rhein. Museum VI S. 252—254. (Die ursprüngliche Beziehung der Regel ist schon im Justinianischen Recht mit dem Wegfall des Gegensatzes der testamentarischen Optivtutel [Gai. 1, 150 f.] verdunkelt. R.) Die Fürsorge für persönliche Angelegenheiten begründet keinen wesentlichen Unterschied der Vormundschaften, sie kann wie zum Amt eines Tutors, so auch zu dem eines Curators gehören, L. 12 §. 3 D. de adm. tut. (26, 7): Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur —. L. 7 pr. D. de cur. fur. (27, 10): Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.

d) Sui iuris, L. 239 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 6 §. 4 D. de tut. (26, 1). Tutorem habenti tutor dari non potest, L. 27 pr. D. de testam. tut. (26, 2), §. 5 I. de curat. (1, 23), vgl. L. 15 D. de test. tut. (Note c), L. 21 §. 2 D. de excus. (27, 1), L. 2. 9. 13 pr. D. de tut. dat. (26, 5), L. 20 §. 1 eod.: Curatorem habenti quo minus alius curator detur, regula iuris non est impedimento. — Infantia, Wahnsinn, Stummheit, Taubheit des Unmündigen schließt die Tutel nicht aus, L. 3 pr. 6 pr. §. 3 D. de tut. (26, 1), L. 8 §. 3 D. de tut. dat. Die Tutel ist von dem Willen des Impubes unabhängig, L. 5. 6 eod.

a) impuberes unter Umständen[e]; b) puberes minores, regelmäßig nur mit ihrer Zustimmung[f]; c) furiosi[g]; d) prodigi[h]; e) andere Personen, bey denen das Bedürfniß eintritt, auf ihr Gesuch[i]; in den drey letzten Fällen setzt die Anordnung der Vormundschaft eine vorhergehende causae cognitio voraus[k].

§. 334.

Nach heutigem Recht besteht nur Eine Vormundschaft wegen Alters, die Spaltung derselben in tutela impuberum und cura minorum ist weggefallen[1]. Die Vormundschaft ist für die puberes minores so wenig mehr freiwillig, als für die impuberes. Auch in Beziehung auf Entstehung (§. 338), Endigung der Vormundschaft, Administration und Fürsorge für die Person wird diese Altersvormundschaft nach den Grundsätzen der römischen tutela impuberum behandelt. Die Einheit aber und Ununterbrochenheit der Vormundschaft, unter welcher eine Person von ihrem ersten Lebensalter bis zur Volljährigkeit steht, schließt nicht aus, daß mit dem Heranwachsen des Mündels und der Veränderung, die bey der Erreichung der Pubertät mit seiner Handlungsfähigkeit vorgeht, auch das Amt des Vormunds sich in einem gewissen Punkt verändert. So lange der Mündel unmündig ist, hat der Vormund bey solchen Handlungen, deren Unmündige für sich unfähig sind, wenn der Mündel selbst sie vornehmen soll, Auctoritas zu interponiren (§. 50); mit der Mündigkeit verliert das Amt des Vormunds diesen Bestandtheil und beschränkt sich auf Administration und per-

---

e) L. 13 D. de tutel. (26, 1), L. 11. 15 D. de tut. dat. (26, 5), L. 10 §. 7 D. de excus. (27, 1), §. 5 I. de curat. (1, 23), §. ult. I. de auct. tut. (1, 21), Nov. 72 c. 2.

f) §. 2 I. de curat. (1, 23), L. 13 §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), L. 2 §. 4. 5 D. qui pet. tut. (26, 6), L. 1 §. 3 L. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 1. 7 C. qui pet. tut. (5, 31), L. 11 C. qui dare tut. (5, 34). — L. 5 §. 5 L. 33 §. 1 D. de admin. tut. (26, 7), vgl. Savigny, von dem Schutz der Minderjähr. im R. R. S. 19—36.

g) Vgl. L. 7 pr. C. de cur. fur. (5, 70).

h) L. 1 D. de cur. fur. (27, 10).

i) L. 2 eod., L. 12 pr. §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), §. 4 I. de curat. (1, 23).

k) L. 6 D. de cur. fur. (27, 10).

l) Vgl. R. P. O. 1577 Tit. 32.

sönliche Fürsorge, ohne daß eine doppelte Vormundschaft wie im römischen Recht die Folge davon wäre[m]).

Von den übrigen Vormundschaften außer der Altersvormundschaft gelten durchaus die Grundsätze der cura furiosi, prodigi, ex aliis causis.

c. Delation der Vormundschaft.

α. Fähigkeit[a]).

§. 335.

Vormund wird jemand durch Bestellung als solcher. Dieß setzt vor allem die Berufung einer Person zur Vormundschaft voraus, welche das Recht nicht für unfähig, Vormund zu seyn, erklärt. Gewisse Personen sind schlechterdings und ipso iure unfähig Vormünder zu seyn, so daß ihnen eine Vormundschaft nicht einmal deferirt wird, und sofern die Unfähigkeit erst nachher eintritt, die Vormundschaft ipso iure sich endigt (§. 336). Andere Personen aber noch sind in unserm Recht bezeichnet, die nicht durch die Obrigkeit sollen zur Vormundschaft berufen werden; eine sonstige Delation, wo sie eintreten kann, ist dadurch an sich nicht ausgeschlossen, aber es ist der Obrigkeit das Recht gegeben und die Pflicht auferlegt, diese Personen von der Führung der Vormundschaft zu entfernen, entweder definitiv, oder nach Umständen (wenn eine baldige Hebung der Unfähigkeit zu hoffen wäre) interimistisch. Dahin gehören theils Personen, die zu keiner, theils solche, die nur zu gewissen Vormundschaften nicht gelassen werden sollen (§. 336. 337). Aber die Obrigkeit ist auch an diese bestimmten Ausschließungsgründe nicht gebunden, sondern sie kann und soll überhaupt einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich und dem Besten des Mündels nicht zusagend zu halten hinreichenden Grund hat[b]).

---

m) Viele betrachten die auctoritas überhaupt als ein antiquirtes Institut, Mittermaier, Grundſ. d. gem. D. Privatr. (6. Ausg.) §. 425. Vgl. Glück, Comment. XXX S. 476 ff. Durch die Erweiterung der Repräsentationsmöglichkeit (§. 52) ist die Anwendung der Auctoritas unendlich seltener geworden, aber dieß entscheidet jene Frage keineswegs.

a) Dig. XXVI. 5: de tut. et cur. datis — et qui — dari possunt. Cod. V. 34: qui dare tutores — et qui dari non possunt. 35: quando mulier tutelae officio fungi potest. 47: si contra matris voluntatem tutor datus sit.

b) L. 3 §. 12 D. de susp. tut. (26, 10).

§. 336.

Schlechthin unfähig, Vormünder zu werden, sind 1) Frauenspersonen[c]). Mütter und Großmütter konnten schon nach älterem Recht die Tutel über ihre Kinder und Enkel durch Rescript des Princeps auswirken, nach neuestem Recht ist ihnen dieses Vorrecht durch allgemeines Gesetz gegeben, sofern sie unverheirathet bleiben und auf ihre weiblichen Beneficien, namentlich das S. C. Velleianum verzichten[d]). 2) Bischöfe und Mönche[e]). Anderen Geistlichen ist nur die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen verstattet. 3) Soldaten[f]). Ausgenommen ist die Vormundschaft, die ihnen durch das Testament eines Mitsoldaten angetragen wird[g]). 4) Minderjährige[h]). Dadurch ist das ältere Recht abgeändert, wonach ihnen nur eine Excusation dagegen zustand, und ebenso der aus der älteren Rechtsansicht (nach welcher namentlich die gesetzliche Tutel weniger zum Vortheil des Pupillen, als des Vormunds, seines nächsten Erben, gegeben war) hervorgegangene Satz, daß wenn einer solchen Person eine Tutel zufiel, einstweilen, bis sie das gehörige Alter erreicht hätte, ein interimistischer Vormund bestellt ward[i]). Das letztere findet nur noch Statt, wenn der Minderjährige im Testament bestellt ist[k]).

Ohne absolut für unfähig erklärt zu seyn, sind als nicht zur Vormundschaft zu lassende Personen bezeichnet: furiosi und prodigi[l]). Auch körperliche Krankheit kann auf gleiche Weise unfähig machen[m]). Blinde können nicht zu Vormündern bestellt werden[n]). Stumme und Taube können nicht zu Tutoren bestellt werden, weil sie nicht auctoritatem interponiren können[o]). Treten diese Eigenschaften ein, nachdem die Person schon Vormund geworden ist, so

c) L. 16 pr. 18 D. de tut. (26, 1).
d) Nov. 94 c. 2. Nov. 118 c. 5.
e) Nov. 123 c. 5.
f) L. 4 C. qui dare tut. (5, 34).
g) L. 23 §. 1 D. de excus. (27, 1).
h) L. 5 C. de legit. tut. (5, 30), §. 13 I. de excus. (1, 25).
i) L. 10 §. 7 D. de excus. (27, 1).
k) §. 2 I. qui dari tut. (1, 14).
l) L. 17 D. de tut. (26, 1). vgl. L. 5 C. de legit. tut. (5, 30).
m) L. 10 §. 8 L. 11. 12 pr. L. 40 pr. D. de excus. (27, 1).
n) L. 3 C. qui dare tut. (5, 34).
o) L. 1 §. 2. 3 L. 17 D. de tut. (26, 1).

begründen sie ein Recht, die Vormundschaft zu deponiren[p]), und wenn davon kein Gebrauch gemacht wird, auch unaufgefordert das Einschreiten der Obrigkeit, die entweder, wenn Wiederherstellung zu hoffen ist, einen Interimsvormund ernennt, oder jene Personen auch wohl schlechthin removirt[q]). Aber auch die Delation der Vormundschaft an eine in einem solchen Falle schon befindliche Person ist nicht an sich ungültig, sondern sie wird erst durch Verfügung der Obrigkeit beseitigt, und dieß hat die Folge, daß der an ihre Stelle tretende Vormund immer von der Obrigkeit bestellt wird.

§. 337.

Noch giebt es Personen, die nicht von Vormundschaften überhaupt ausgeschlossen sind, aber bey gewissen Vormundschaften nicht zugelassen werden sollen: 1) Wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels ausgeschlossen ist[r]). 2) Wer mit den Eltern des Mündels in unversöhnter Feindschaft gelebt hat[s]). 3) Wer sich zur Vormundschaft drängt[t]). 4) Gläubiger und Schuldner des Mündels, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter[u]). Wird die Forderung verheimlicht, so verliert der Gläubiger seine Forderung, der Schuldner kann während der Vormundschaft nicht befreit werden[v]). Entstehen nach übernommener Vormundschaft Schuldverhältnisse zwischen dem Vormund und dem Mündel, so soll jenem noch ein zweiter Vormund beigesellt werden[w]). 5) Der Ehemann kann nicht Vormund seiner Frau werden[x]).

---

p) L. 40 pr. D. de excus. (27, 1).

q) L. 10 §. 8 L. 11. 12 pr. eod., L. 17 D. de tut. (26, 1).

r) L. 21 §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), L. un. C. si contra matris vol. (5, 47).

s) L. 3 §. 12 D. de susp. tut. (26, 10), L. 6 §. 17 D. de excus. (27, 1).

t) L. 21 §. 6 D. de tut. dat. (26, 5).

u) Nov. 72 c. 1, Nov. 94 c. 1. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf testamentarische Vormundschaften, Rudorff, Vorm. II S. 30.

v) Nov. 72 c. 4.

w) Nov. 72 c. 2.

x) L. 14 D. de cur. fur. (27, 10), L. 2 C. qui dare tut. (5, 34). Vgl. Rudorff, Vorm. II S. 37 ff.

β. Delationsgründe[a]).

§. 338.

Zur Tutel kann jemand berufen werden 1) durch Testament, testamentaria tutela[b]). Der Mündel muß suus des Testators seyn[c]), der Tutor testamentifactio haben[d]), und nicht für einzelne Sachen oder Geschäfte gegeben seyn[e]). Eine unwirksame Bestellung kann durch Confirmation von Seiten der Obrigkeit gültig werden, die theils eine Untersuchung voraussetzt[f]), theils sine inquisitione geschehen kann. Das letzte ist der Fall, wenn der Vater dem Emancipirten oder ohne Beobachtung der gehörigen Form einen Vormund bestellt hat[g]), das erste, wenn die Mutter dem von ihr eingesetzten Kind[h]), oder wenn irgend ein anderer seinem Erben, der kein anderes Vermögen hat, einen Vormund ernennt[i]).

---

a) Inst. I. 14: qui testamento tutores dari possunt. Dig. XXVI. 2. Cod. V. 28: de testamentaria tutela. Dig. XXVI. 3: de confirmando tutore vel curatore. Cod. V. 29: de confirmando tutore. — Inst. I. 15: de legitima agnatorum tutela. Dig. XXVI. 4: de legitimis tutoribus. Cod. V. 30: de legitima tutela. — Inst. I. 20: de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. XXVI. 5: de tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possint. 6: qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. Cod. V. 31: qui petant tutores vel curatores. 34: qui dare tutores vel curatores possunt et qui dari non possunt.

b) Vgl. L. 3 pr. D. de test. tut. (26, 2), L. 8 §. 2. 3 L. 10 §. 1 L. 11 pr. eod.

c) L. 1. 2. 4—6 eod.

d) L. 20. 21 eod., L. 10 §. 3. 4 eod.

e) S. §. 333 Note c.

f) L. 7 §. 1 D. de conf. tut. (26, 3): Si quaeratur an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit, qui dare potuit, et ille acceperit, cui fuerat dandus, et si datur, cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum.

g) L. 1 §. 1. 2 L. 3 eod., L. 2 C. eod. (5, 29), vgl. L. 29 D. de test. tut. (26, 2), L. 18 §. 1 D. de L. Corn. de fals. (48, 10).

h) L. 2 pr. D. de conf. tut. (26, 3), L. 4 D. de test. tut. (26, 2). Wegen L. 4 C. de test. tut. (5, 28) s. Glück, Comment. XXIX S. 257 ff.

i) L. 4. 5 D. de conf. tut. (26, 3). Ein besonderer Fall ist noch die Bestellung durch den Vater für das außereheliche Kind, L. 7 pr. eod.: Naturali filio cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur (Hermog.). Nov. 89 c. 14. Vgl. Glück, Comment. XXIX S. 266 ff.

Diese s. g. tutela testamentaria imperfecta ist erst durch das confirmirende Decret deferirt, außerdem gilt für den confirmirten das Recht des testamentarischen Vormunds[k]); 2) durch einen Rechtssatz, legitima tutela[l]), der nächste fähige Intestaterbe des Pupillen ist zur Tutel berufen[m]); 3) durch die Obrigkeit, Dativtutel[n]). Diese tritt überall ein, wo es sich um einen interimistischen oder um einen Vormund für einzelne Geschäfte und Verhältnisse handelt, ferner wo das Bedürfniß einer Vormundsbestellung in einem Act der Obrigkeit selbst seine Quelle hat, außerdem, wo kein durch Testament oder Gesetz berufener Vormund existirt.

Für die Cura giebt es nur einen einzigen Delationsgrund, Bestellung durch die Obrigkeit. Wenn gleich eine legitima cura furiosi und prodigi aus den Zwölf Tafeln abgeleitet wird, so geschieht die wirkliche Berufung auch in diesen Fällen nicht ohne Mitwirkung der Obrigkeit[o]), und eine Bestellung im Testament muß immer durch eine obrigkeitliche Confirmation ergänzt werden, die ohne Untersuchung bey der Bestellung durch den Vater erfolgt, außerdem nur ex inquisitione geschieht[p]).

Erbittung der Vormünder.

§. 339.

Wo die Bestellung eines Vormunds durch die Obrigkeit eintritt[a]), verfährt sie ex officio. Um ihr aber die Kenntniß des Vormundschaftsfalls, und zugleich tüchtiger Subjecte, die bestellt werden können, zu verschaffen, dient nach R. R.[b]) das Institut

---

k) Rudorff, Vormundsch. I S. 327 ff.

l) L. 11 D. de test. tut. (26, 2).

m) L. 1 §. 1. 2 D. de legit. tut. (26, 4), Nov. 118 c. 5. Viele wollen nach neuestem Recht noch ganz unabhängig vom Erbrecht die Emancipation als selbstständigen Grund eines Vormundschaftsrechts des parens manumissor gelten lassen, s. z. B. Vangerow, Leitf. §. 267.

n) L. 3. 4 D. de tut. dat. (26, 5), L. 6 §. 1 D. de tutel. (26, 1).

o) L. 1. 13 D. de cur. fur. (27, 10), L. 7 §. 6 C. eod. (5, 70), §. 3 I. de curat. (1, 23).

p) L. 1 §. 3 L. 6. 11 D. de conf. tut. (26, 3), L. 16 D. de cur. fur. (27, 10).

a) Eben so bey der Confirmation, L. 4 pr. D. qui pet. tut. (26, 6).

b) Heutzutage sind regelmäßig noch andere Anstalten zu diesem Behufe getroffen.

der petitio tutoris oder curatoris[c]), d. h. des Gesuchs an die Obrigkeit um Bestellung eines Vormunds, verbunden mit dem Vorschlag einer tauglichen Person[d]). Verpflichtet sind die künftigen Intestaterben des Pupillen[e]), dieses Gesuch innerhalb eines Jahres zu stellen[f]), bey Strafe der Ausschließung von der Erbschaft des zu Bevormundenden[g]), wenn er, ohne die Fähigkeit zu testiren erlangt zu haben, gestorben ist[h]).

γ. Excusation[a]).

§. 340.

Wer fähig ist, ist auch verpflichtet, Vormund zu werden, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter, deren Fähigkeit zur Vormundschaft eine Gunst des Gesetzes ist, die ihnen nicht aufgedrungen wird. Neben jener Pflicht zur Uebernahme einer rechtmäßig deferirten Vormundschaft giebt es aber Entschuldigungsgründe, durch die eine Befreiung erlangt werden kann. Die Excusation muß angebracht und bewiesen werden, sie wird nur durch

---

c) L. 1 eod., L. 6 C. qui pet. tut (5, 31), L. 2 §. 31 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

d) L. 2 §. 1 D. qui pet. tut. (26, 6).

e) L. 2 §. 23 sqq. ad S. C. Tertull. (38, 17), L. 2 §. 1. 2 D. qui pet. tut., L. 10 C. de legit. hered. (6, 58). Vorausgesetzt daß nicht durch die Existenz eines solchen Intestaterben selbst das Bedürfniß eines von der Obrigkeit zu bestellenden Vormunds wegfällt, also nicht in einem solchen Intestaterben zugleich ein gesetzlicher Vormund vorhanden ist.

f) L. 2 §. 43 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

g) L. 10 C. de legit. hered. (6, 58), L. 6 C. ad S. C. Tertull. (6, 56). Mehrere Juristen glauben, daß nach dem neuesten Intestaterbrecht diese Strafe die Mutter nicht mehr treffe, s. z. B. Savigny, System IV §. 177 Note p, vgl. Glück, Commentar XXX S. 134 ff.

h) L. 3 C. eod. — Die Strafe fällt weg für Minderjährige, L. 2 C. si adv. del. (2, 35), ferner wenn ein factisches Hinderniß die Petition unthunlich machte, L. 2 §. 27. 43 D. ad S. C. Tert. (38, 17), L. 8. 11 C. qui pet. tut. (5, 31), und wenn der Pupill kein Vermögen hatte, L. 2 §. 26 45. 46 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

a) Inst. I. 25: de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. XXVII. 1: de excusationibus. Cod. V. 62: de excusationib. tut. et curat. et de temporibus earum. 63: si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit. 64: si tutor vel curator reipublicae causa aberit. 65: de excusationibus veteranorum. 66: qui numero liberorum se excusant. 67: qui morbo se excusant. 68: qui aetate se excusant. 69: qui numero tutelarum.

ein obrigkeitliches Decret wirksam. Die Excusationen berechtigen zum Theil, deferirte Vormundschaften abzulehnen, zum Theil, schon übernommene zu deponiren. Die ersteren werden verloren, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Zeit nach Kenntniß der Delation bey der competenten Obrigkeit angebracht werden[b]); die Zeit aber ist für Anwesende (d. h. nicht über hundert Millien Entfernte) funfzig Tage, dem Abwesenden werden dreißig Tage, zu denen jede Strecke von zwanzig Millien Entfernung einen Tag zulegt, jedoch nie weniger als funfzig Tage verwilligt[c]). Während der Verhandlung über die Excusation wird ein interimistischer Vormund gesetzt[d]). Das die Excusation zulassende Decret hebt die Delation auf[e]), oder (bey der zweiten Art der Excusationen) endigt die bisher geführte Vormundschaft, eine verworfene Excusation wird für nicht vorgeschützt erachtet, und dasselbe gilt, wenn sich später erst ihre Unrichtigkeit manifestirt[f]). Die einzelnen Excusationen sind folgende[g]).

§. 341.

Gegen Uebernahme einer deferirten Vormundschaft excusirt:

1) Ein obrigkeitliches Amt, welches der zum Vormund Bestimmte bekleidet[h]).

2) Verwaltung der Angelegenheiten des Fürsten oder des Fiscus[i]), nicht aber die Pachtung fiscalischer Güter[k]).

3) Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten[l]).

---

b) L. 13 pr. D. h. t., L. 1 §. 1 D. quando appell. (49, 4).

c) §. 16 I. h. t. (1, 25), L. 13 D. h. t. (27, 1), L. 38 eod.: Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet, peragendo enim negotio ex die nominationis continui quattuor menses constituti sunt.

d) L. 17 §. 1 D. de appell. (49, 1).

e) Vgl. L. 28 §. 1 L. 32 D. h. t. (27, 1).

f) §. ult. I. eod. (1, 25), L. 1. 3 C. si tut. vel cur. fals. alleg. (5, 63).

g) Vgl. Glück, Commentar XXXI S. 196—480. XXXII S. 1—73. Rudorff, Vormundsch. II S. 45—161.

h) §. 3 I. h. t. (1, 25), L. 6 §. 14. 16 L. 15 §. 2 L. 17 §. 5 L. 23 pr. D. eod. (27, 1).

i) §. 1 I. L. 22 §. 1 L. 41 pr. D. eod.

k) L. 8 C. eod. (5, 62). Die mitunter dafür angeführte L. 13 C. qui dare tut. (5, 34) spricht von leibeigenen Colonen.

l) L. 30 pr. D. h. t. (27, 1).

4) Abwesenheit im Dienst des Staats. Sie giebt eine Excusation gegen die innerhalb eines Jahres nach der Rückkehr deferirten Vormundschaften [m]).

5) Ein geistliches Amt, in solchen Fällen nämlich, wo der Geistliche fähig ist [n]).

6) Ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt und Bestallung als Arzt [o]).

7) Ehrenvolle Entlassung nach vollständig ausgehaltener Militärdienstzeit. Frühere Entlassung bewirkt nur temporäre Excusation [p]).

8) Die Eigenschaft als Glied einer Corporation, der dieses Recht durch Privilegium ertheilt ist [q]). Im Zweifel aber erstreckt sich eine solche Excusation nicht auf die Vormundschaft über die an demselben Ort domicilirenden Kinder der Corporationsgenossen [r]). Die Frage, welche Corporationen heutzutage dieses Privilegium haben, ist nicht aus dem römischen Rechte zu beantworten.

9) Drey, vier und fünf leibliche Kinder (jenachdem von einem Römer, Italiener oder Provinzialen die Rede ist) [s]). Diese Bestimmung ist nicht aus der Erwägung, daß für einen Vater von einer solchen Anzahl Kinder die Vormundschaft über fremde eine zu beschwerliche und unbillige Last seyn würde, hervorgegangen, daher z. B. Adoptivkinder nicht gerechnet werden, dagegen aber leibliche, selbst wenn sie in Adoption gegeben sind, sondern sie enthält eine von den Belohnungen der Eheschließung und Kindererziehung, wie sie eine gewisse Zeit des römischen Staats so häufig hervorgebracht hat. Heutzutage ist diese Excusation in dieser Art nicht mehr anwendbar, wohl aber gilt es für einen seiner näheren Bestimmung nach dem richterlichen Ermessen anheimgestellten Excusationsgrund, wenn jemand so viele eigene unversorgte Kinder hat, daß es unbillig seyn würde, ihm auch noch die vormundschaftliche Sorge für fremde aufzubürden.

---

m) §. 2 I. L. 10 pr. §. 1—3 D. eod.

n) L. 52 C. de episc. et cler. (1, 3).

o) L. 6 §. 1—12 D. h. t. (27, 1).

p) L. 8 eod.

q) L. 17 §. 1—3 L. 26 eod.

r) L. 41 §. 3 L. 42 eod.

s) pr. I. L. 2 §. 2—8 L. 17 D. eod.

10) Drey Vormundschaften in einem Hause geben eine Excusation gegen die Uebernahme der vierten, sey es, daß der Vater, oder daß der seiner Gewalt Unterworfene die Vormundschaften hat, sofern der Vater für ihn haftet. Bey der Zahl ist nicht auf die Zahl der Mündel, sondern auf die Zahl der Vermögensinbegriffe zu sehen, die zu verwalten sind, daher z. B. die Vormundschaft über drey Brüder, die ein noch ungetheiltes Vermögen haben, für eine einzige zu nehmen ist. Doch kann nach richterlichem Ermessen auch schon eine einzige Vormundschaft, wenn die Geschäfte dabey von sehr großem Umfang sind, eine Excusation geben. Eine Vormundschaft, die man aus freiem Antrieb übernommen, z. B. gegen welche man eine zuständige Excusation nicht vorgeschützt hat, kann nicht in Rechnung gebracht werden[t]).

11) Armuth, wodurch die Thätigkeit völlig für die eigene Subsistenz in Anspruch genommen wird[u]).

12) Eine Krankheit, wodurch jemand in der Führung seiner eigenen Geschäfte gehindert wird[v]).

13) Das Alter von 70 Jahren[w]).

14) Unkunde des Lesens und Schreibens, ferner Mangel an Geschäftskenntniß giebt eine Excusation gegen solche Vormundschaften, bey deren Führung diese Mängel hinderlich seyn würden[x]).

15) Wer nicht an dem Ort, wo er als Vormund bestellt wird, domicilirt kann sich excusiren[y]).

16) Gegen die Administration solcher Güter, die in einer andern Provinz oder 100 Millien von dem Wohnort des Vormunds liegen, kann er sich excusiren (nicht schlechthin gegen die ganze Vormundschaft)[z]). Heutzutage ist es in das richterliche Ermessen zu stellen, welche Entfernung diese Excusation giebt.

17) Der gewesene Tutor kann sich gegen die Curatel über dieselbe Person excusiren[aa]). Soweit diese Excusation dem gewesenen Vormund über einen Unmündigen gegen die Vormund-

t) L. 2 §. ult. L. 3—5. 6 pr. 15 §. 15. 16 L. 31 eod.

u) L. 7. 15 §. 15 L. 40 §. 1 eod.

v) §. 7 I. L. 10 in f. 11. 40 pr. D. eod.

w) §. 13 I. L. 2 pr. §. 1 D. eod.

x) §. 8 I. L. 6 §. ult. D. eod.

y) L. 46 §. 2 eod.

z) L. 10 §. 4 L. 21 §. 2. 3 eod.

aa) §. 18 I. L. 16 D. L. 20 C. eod.

schaft über den Minderjährigen gegeben ist, ist sie heutzutage unanwendbar, da die Vormundschaft über den Unmündigen und den Minderjährigen eine und dieselbe ist. Der einem Unmündigen gegebene Vormund bleibt Vormund bis zur Großjährigkeit des Mündels, und jene Excusation kann schon deswegen nicht stattfinden, weil sie keine solche ist, die zur Deposition einer Vormundschaft berechtigt. Wohl aber findet diese Excusation noch Anwendung, wenn der gewesene Altersvormund zu einer andern Vormundschaft (z. B. cura prodigi oder furiosi) über dasselbe Individuum berufen wird.

18) Excusiren kann sich der, welchen der Vater des Pupillen aus Feindschaft, um ihm eine Last aufzubürden, zum Vormund bestellt hat[bb]).

19) Eine Excusation giebt ein Erbschaftsstreit, den der zum Vormund Bestimmte mit dem Mündel hat[cc]). In der Regel wird ein solcher Streit freilich die Bestellung zum Vormund hindern, ohne daß erst die Excusation abgewartet wird (er wird eine s. g. excusatio necessaria seyn), was auch bey manchen andern der hier aufgezählten Excusationen nach Umständen der Fall seyn kann.

§. 342.

Es giebt auch Excusationen gegen schon übernommene Vormundschaften, Gründe, aus denen eine Vormundschaft niedergelegt werden kann. Diese sind

1) Entfernung im Dienst des Staats, sofern der Vormund dadurch über das Meer geführt wird, denn außerdem wird nur für die Zeit seiner Entfernung ein interimistischer Vormund bestellt[dd]).

2) Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten[ee]).

3) Verarmung und Krankheit, s. §. 341, 11 und 12.

4) Veränderung des Domicils mit Erlaubniß des Regenten, wofern dieser die von dem Impetranten geführte Vormundschaft gekannt hat[ff]). Bey einer Veränderung auf Befehl des Regenten ist diese Kenntniß natürlich nicht erforderlich.

---

bb) §. 9 I. L. 6 §. 17 D. eod.

cc) §. 4 I. L. 21 pr. D. eod.

dd) L. 11 §. 2 D. de minor. (4, 4), §. 2 I. h. t. (1, 25), L. 10 §. 2 D. eod. (27, 1), L. 1 C. si tut. reipubl. c. (5, 64).

ee) L. 11 §. 2 D. de minor. (4, 4).

ff) L. 12 §. 1 D. h. t. (27, 1).

d. Antritt der Vormundschaft.

§. 343.

Vormund ist jemand, sowie ihm die Vormundschaft vollkommen deferirt worden[a]), und er Kenntniß von dieser Delation erhalten hat; von diesem Augenblicke an ist die Obligatio zwischen ihm und dem Mündel entstanden[b]). Gleich beim Antritt ist er verpflichtet: 1) ein Inventarium zu errichten[c]); 2) zur Caution durch Bürgen[d]), vor deren Stellung er kein Administrationsrecht hat[e]); 3) den Vormundschaftseid zu leisten[f]); 4) das Tutorium oder Curatorium, d. h. das obrigkeitliche Decret, wodurch ihm die Administration übertragen wird, der er sich ohne dasselbe nicht unterziehen darf, auszuwirken[g]).

e. Beendigung der Vormundschaft[a]).

§. 344.

Die Vormundschaft über ein gewisses Subject überhaupt

---

a) Vgl. L. 58 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7).

b) L. 1 §. 1 eod.: Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a D. Marco constitutum est, ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset. Bey der Dativvormundschaft erst mit der officiellen Bekanntmachung durch die bestellende Obrigkeit, L. 13 §. 1 D. de excusat. (27, 1), Cod. V. 55: si tutor vel curator non gesserit.

c) L. 7 pr. D. de admin. tut. (26, 7), L. ult. §. 1 C. arbitr. tut. (5, 51).

d) Inst. I. 24: de satisdatione tutorum vel curatorum. Dig. XLVI. 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. V. 42: de tutore vel curatore qui satis non dedit. R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 3 (L. 3 D. de confirm. tut. 26, 3, pr. I. h. t.).

e) L. 7 §. 1. 2 D. de cur. fur. (27, 10), L. 3 C. h. t. (5, 42).

f) R. P. O. a. a. O. (Nov. 72 c. 8).

g) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 2: „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testamentsweis verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen." Dieß ist es, was man sehr unpassend confirmatio ex iure germanico genannt, und was Veranlassung zu der Meinung gegeben hat, es gebe heutzutage nur eine obrigkeitliche Bestellung der Vormünder. Aber schon vor der Ertheilung dieses Decrets kann jemand Vormund, und eben deshalb als solcher verpflichtet seyn, dasselbe auszuwirken; er haftet für den Nachtheil, der durch ein Säumniß von seiner Seite entsteht.

a) Inst. I. 22: quibus modis tutela finitur. Cod. V. 60: quando tuto-

endigt sich 1) durch den Tod des Mündels, 2) durch seine Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, 3) wenn die Eigenschaft des Mündels aufhört, welche die Vormundschaft veranlaßt, entweder a) ipso iure mit dem Eintritt dieser Veränderung, so die Vormundschaft wegen Alters durch Erreichung der Pubertät oder der Großjährigkeit [b]), die Vormundschaft wegen Wahnsinns durch Genesung des Curanden [c]) oder b) durch ein obrigkeitliches Decret, so nach heutigem Recht die Vormundschaft über einen Prodigus, ferner die Vormundschaft ex aliis causis.

§. 345.

Die Vormundschaft eines Vormunds, ohne Befreiung des Mündels von der Vormundschaft überhaupt (die Vormundschaft wäre denn von Seiten des Mündels freiwillig) endigt sich 1) durch den Tod des Vormunds [d]); 2) durch eine eintretende Unfähigkeit [e]); 3) durch Niederlegung, wo diese dem Vormund gestattet

---

res vel curatores esse desinant. V. 48: ut causae post pubertatem adsit tutor. Inst. I. 26. Dig. XXVI. 10. Cod. V. 43: de suspectis tutoribus et curatoribus.

b) L. 1 §. 3 L. 2. 3 pr. D. de minor. (4, 4). Nach heutigem Recht (s. oben §. 334) endigt sich diese Vormundschaft überhaupt erst durch die Großjährigkeit, sey diese übrigens wirklich, oder durch venia aetatis erreicht; im letzteren Fall braucht die Concession des Regenten die Befreiung von der Vormundschaft nicht besonders auszudrücken.

c) L. 6 C. de cur. fur. (5, 70). Nach R. R. gilt dieß auch von der Vormundschaft über den Prodigus, L. 1 pr. D. de cur. fur. (27, 10), anders nach heutigem Recht.

d) §. 3 I. h. t. (1, 22).

e) S. §. 335. — Die Agnatentutel endigte sich durch den Verlust der Agnation, also durch capitis deminutio des Tutors, L. 5 §. 5 D. de legit. tut. (26, 4). Denselben Sinn haben auch L. 7 pr. D. de cap. min. (4, 5): Tutelas etiam non amittit capitis minutio, exceptis his, quae in iure alieno personis positis (*non*) deferuntur. igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur, ut ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. Huschke, Rhein. Museum VII. 3, 2. Manche wollen diesen Sinn vergebens ohne die haloandrische Emendation *non* deferuntur aus der Stelle ziehen. Andere (z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 587 Note 5) haben darin den Satz gefunden, daß die einem Filiusfamilias übertragene

ist (§. 336 g. E. §. 342), die Beendigung setzt hier stets ein obrigkeitliches Decret voraus; 4) in Folge der besondern Art der Bestellung durch den Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung[f]), durch Wegfallen der Veranlassung bey interimistischen Vormundschaften, und Vormundschaften für einzelne Geschäfte; 5) durch Remotion des Vormunds: das Remotionsverfahren kann durch eine öffentliche Anklage (suspecti postulatio), oder auch in Ermangelung derselben von Amtswegen eingeleitet werden[g]); während desselben wird dem Angeschuldigten die Administration untersagt, und ein Interimsvormund bestellt[h]); die Absetzung kann begründet werden a) durch Dolus oder Culpa lata hinsichtlich der Administration, deren Aeußerung nicht bloß Thätigkeit, sondern auch Unthätigkeit seyn kann, und dann hat sie, wenn dieser Grund im Decret genannt ist, Infamia zur Folge[i]), b) durch Untauglichkeit und geringere Nachläßigkeit, wenn sie von der Beschaffenheit ist, daß sie den Interessen des Mündels Nachtheil droht, hier geschieht die Remotion ohne Ehrenminderung[k]). Das Vergehen muß immer während der Vormundschaft, von welcher der Angeschuldigte removirt werden soll, geschehen seyn[l]).

f. Obervormundschaft.

§. 346.

Das Amt der Obervormundschaft hat jede mit ordentlicher Gerichtsbarkeit versehene Behörde, sofern nicht eine andere Einrichtung getroffen ist. Die Competenz wird durch das Domicilium

Vormundschaft zwar nicht durch capitis deminutio überhaupt, denn diesem würde L. 11 D. de tut. act. (27, 3) widersprechen, aber durch seinen Uebergang in eine andere väterliche Gewalt sich endige. Für diesen Satz würde sich zwar ein plausibler materieller Grund auffinden lassen, aber er kann nicht in jene Stelle ohne Gewalt gegen ihren Ausdruck und innern Zusammenhang gelegt werden.

f) §. 2. 5 I. h. t. (1, 22).

g) L. 1 §. 6. 7 L. 3 §. 4 D. de susp. tut. (26, 10).

h) L. 7 C. eod. (5, 43).

i) §. 5. 6 I. eod. (1, 26), L. 3 §. 5. 13—17 L. 7 §. 1—3 D. eod. (26, 10), L. 2. 9 C. eod. (5, 43). Streitfrage: ob die Ehrenminderung auch bey culpa lata eintritt, Rudorff, Vormundsch. III S. 199.

k) §. 6 I. eod., L. 3 §. 12. 18 L. 4 D. eod.

l) L. 3 §. 5—11 eod. Eine Ausnahme enthält L. 3 §. 8 eod. Rudorff, Vorm. III S. 193 ff.

des Mündels, oder was dessen Stelle vertritt, begründet, auch hinsichtlich der anderswo belegenen Güter[a]). Nur wenn wegen eines entfernten Gutscomplexes ein besonderer Vormund bestellt wird, ist für diese zweite Vormundschaft der iudex rei sitae Obervormund[b]).

g. Amt des Vormunds.

§. 347.

Der allgemeine Inhalt des vormundschaftlichen Amts besteht in der Administration des Vermögens[a]) und in der Fürsorge für die persönlichen Verhältnisse des Mündels (körperliches und geistiges Wohl), soweit sie einer solchen bedürfen[b]) (§. 333). Diese persönlichen Verhältnisse stehen unter der unmittelbaren Direction der Obervormundschaft[c]). Die Administration aber ist der Haupttheil des vormundschaftlichen Amts, und der, auf welchen die Obligatio zwischen Mündel und Vormund sich bezieht[d]). Der Vormund prästirt diligentia nach dem Maßstab der Verwaltung seines eigenen Vermögens[e]). In der Administration liegen theils Rechtsge-

---

a) L. un. C. ubi pet. tut. (5, 32), L. 5 §. 12 D. de reb. eor. (27, 9).

b) L. 27 pr. D. de tut. dat. (26, 5).

a) Dig. XXVI. 7: de administratione et periculo tutorum vel curatorum qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. Cod. V. 37: de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 38: de periculo tutorum et curatorum. 55: si tutor vel curator non gesserit.

b) Dig. XXVII. 2: ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis. Cod. V. 49: ubi pupilli educari debeant. 50: de alimentis pupillo praestandis.

c) L. 1. 3. 5 D. ubi pup. (27, 2).

d) Vgl. Gai. I. 190. 191.

e) L. 1 pr. D. de tut. act. (27, 3): In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio praestando dolum et culpam et quantam in rebus suis diligentiam (Ulp.). Nov. 72 c. 8. L. 32 §. 6 D. de admin. tut. (26, 7). Vgl. L. 10 eod.: Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi; sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur (Ulp.). L. 33 pr. eod.: A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet (Callistr.). L. 53 §. 3 D. de furtis (47, 2): Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius

schäfte, über deren Vornahme der Vormund zu entscheiden hat[f]), und die er sodann selbst wieder vornehmen, oder von dem Mündel vornehmen lassen kann, in welchem Fall jene (an sich möglicherweise auch nachfolgende) Entscheidung consensus heißt, theils sonstige Handlungen, welche die Verwaltung fordert (§. 348 ff.).

Bey dem Tutor kommt zu diesen Functionen noch die Mitwirkung bey den Rechtsgeschäften des Pupillen, deren der Impubes für sich nicht fähig ist, die auctoritas tutoris[g]), wodurch der natürlichen Handlung des Pupillen der Charakter einer juristischen ertheilt wird[h]). Die Auctoritas ist eine von dem anwesenden Vormund mündlich erklärte Ermächtigung des Pupillen, sie ist ein Theil des Acts selbst[i]); daraus folgt, daß der Tutor sie nicht in rem suam, d. h. für ein Geschäft, durch welches er erwerben soll, interponiren kann[k]).

---

res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit (Paul.).

f) L. 22. 23. 27 D. de adm. tut. (26, 7), L. 11. 17 D. de auct. tut. (26, 8).

g) Inst. I. 21: de auctoritate tutorum. Dig. XXVI. 8: de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. Cod. V. 59: de auctoritate praestanda.

h) L. 1 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7), L. 5 D. de R. I. (50, 17).

i) L. 8. 9 §. 5 D. de auct. tut. (26, 8).

k) L. 1 pr. eod.: Quamquam regula sit iuris civilis, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor eius efficiatur; prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contigit, ut debitum subeat; se tamen auctore ab eo stipulari non potest. Et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, D. Pius Antoninus rescripsit, iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. Sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas, evidenter enim sua auctoritate rem adquirit. L. 1 §. 13. 14 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? et est decretum a D. Severo, non posse tutori se auctore restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest. Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem. L. 5 pr. §. 2 L. 7 §. 2 D. de auct. tut. Für den Consens des Curators, der ein bloßer Administrationsact ist, gilt die Regel nicht.

Einzelnheiten der Administration.

§. 348.

In der vormundschaftlichen Verwaltung liegt vor allem die Sorge für die Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens (custodia rerum). Dahin gehört das Eintreiben der Zinsen[a]), schlechtstehender Forderungen, Bezahlung drückender Schulden, Veräußerung von Sachen, die dem Verderben ausgesetzt, also anders nicht zu erhalten sind[b]), ohne daß der Vormund durch Vorschriften des Vaters bey der Besorgung dieser Geschäfte gebunden oder entschuldigt würde[c]).

§. 349.

Der Vormund ist verpflichtet, auch in Beziehung auf die Vermehrung des Vermögens seiner Verwaltung die Richtung zu geben, welche sie unter dem Mündel selbst, wenn dieser dazu vollkommen tüchtig wäre, nehmen würde. Die Thätigkeit des Vormunds kann aber nur für die ordentliche und gemeine Vermehrung[d]) durch fruchtbringende Anlegung des Vermögens in Anspruch genommen werden, namentlich also durch sichere Anlegung der Pupillengelder[e]), wozu ihm sechs Monate von der Uebernahme der Vormundschaft an, und zwey Monate in Beziehung auf Gelder, die während der Vormundschaft eingehen, als „laxamentum temporis" gestattet werden, nach deren Ablauf er selbst die landesüblichen Zinsen entrichten muß, wenn er nicht die Unmöglichkeit der sicheren An-

---

a) Er muß die nicht eingetriebenen verzinsen, wenn sie hätten angelegt werden können, vgl. §. sequ.

b) L. 7 §. 1 L. 9 §. 5 L. 15. 50 D. de adm. tut. (26, 7).

c) L. 5 §. 8. 9 eod.

d) Nicht zu einer besonderen Erwerbsthätigkeit ist der Vormund verpflichtet, L. 47 §. 6 eod., obwohl er, wenn er aus einem andern Grunde dazu verpflichtet ist, durch seine Eigenschaft als Vormund natürlich nicht davon befreit wird, L. 58 pr. eod. Ein anderes ist die Sorge für die Fortführung eines Gewerbes, das einen Bestandtheil des Vermögens ausmacht, durch Geschäftsführer.

e) Im R. R. wird der Vormund zuerst zur Anlegung durch Ankauf von Grundstücken, und erst wenn diese nicht thunlich ist, zur verzinslichen Anlegung angewiesen, L. 3 §. 2 L. 5 pr. L. 7 §. 3 eod. Dieß ist aber lediglich als eine wirthschaftliche, nicht als eine rechtliche Vorschrift zu betrachten; sie gilt nur, wenn die Umstände sie wirthschaftlich rechtfertigen.

legung nachweist[f]). Die Bestimmungen Justinian's, wodurch er die Vormünder von dieser Verbindlichkeit zur Anlegung der Gelder entband, von dem Nothfall des Mangels anderer Einkünfte zur Erhaltung des Mündels abgesehen[g]), werden heutzutage nicht angewendet.

§. 350.

Ausgaben von dem Vermögen des Mündels hat der Vormund zu machen, soweit sie unter den Begriff der Administration fallen, und sich als nothwendig oder nützlich darstellen. Dahin gehört die Zahlung von Schulden des Pupillen, die er, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, ohne eine Klage abzuwarten, zu machen hat, vornehmlich wenn Geld vorräthig ist, und die Schulden drückend sind, auch an sich selbst, wenn er Gläubiger des Mündels ist[h]). Ferner hat er die Verwaltungskosten, sodann die des Haushalts und die Erziehungskosten des Mündels, wie sie von der Obrigkeit festgesetzt oder dem Vermögen und Stand des Pupillen angemessen sind, aus dem Vermögen zu bestreiten[i]). Ausgaben, die auf bloßer Liberalität beruhen, kann der Vormund nicht in Rechnung bringen, sie wären denn von der Art, daß der Mündel einer Unsittlichkeit sich schuldig machen würde, wenn er nach Beendigung der Vormundschaft sie bestreiten wollte[k]).

§. 351.

Ein Bestandtheil der vormundschaftlichen Administration ist die Befugniß zu veräußern, nicht bloß so daß der Vormund den Mündel handeln läßt, mit seinem Consens oder seiner Auctoritas, sondern auch so daß er selbst für sich allein die Veräußerung vornimmt[l]). Nur Schenkung ist ausgenommen, da dieses Geschäft kein Administrationsact ist[m]). Ferner ist dem Vormund bey Strafe

---

f) L. 7 §. 11 L. 15 eod. (vgl. noch §. 228). Der Vormund gilt ferner für säumig, sowie er eigene Gelder vortheilhaft angelegt hat, L. 13 §. 1 eod.

g) Nov. 72 c. 6—8. Vgl. Glück, Comment. XXX S. 315 ff.

h) L. 9 §. 5. 6 D. de adm. tut. (26, 7).

i) L. 1 §. 7—9 D. de tut. act. (27, 3), L. 2. 3 D. ubi pup. (27, 2).

k) L. 12 §. 3 L. 13 §. 2 L. 22 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 §. 2. 4—6 D. de tut. act. (27, 3).

l) L. 7 §. 3 D. pro emt. (41, 4), L. 12 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

m) L. 17 D. de cur. fur. (27, 10). Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est. nam in

des Quadruplums (wie auch andern Verwaltern fremder Güter) verboten, Güter des Mündels heimlich an sich zu bringen (z. B. durch untergeschobene Personen), während er bona fide und palam allerdings kaufen kann (natürlich eine andere Person, z. B. Mitvormund oder Pfandgläubiger als Verkäufer vorausgesetzt[n]).

Jene Veräußerungsbefugniß ist indessen, anfangs durch eine oratio Severi in Beziehung auf praedia rustica und suburbana, später aber in viel größerer Ausdehnung, bedeutend beschränkt worden[o]). Jede Veräußerung einer Sache oder eines Rechts des Mündels — und Veräußerung wird hier in einem möglichst weiten Sinn genommen[p]) — setzt zweierley zu ihrer Gültigkeit voraus, 1) eine iusta causa, welche durch obervormundschaftliche Untersuchung constatirt werden, und ein dringendes Bedürfniß der Ver-

---

tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat, et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quidquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat. L. 12 eod., L. 1 §. 1. 2 D. de tut. act. (27, 3), L. 22 D. de adm. tut. (26, 7).

n) L. 5 §. 2—6 L. 6 D. de auct. tut. (26, 8), L. 5 C. de contr. emt. (4, 38), L. 34 §. 7 L. 46 D. eod. (18, 1).

o) Dig. XXVII. 9: de rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. V. 71: de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. 72: quando decreto opus non est. 73: si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit. 74: si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. L. 22. 25. 27. 28 C. de adm. tut. (5, 37). (Bachofen, Veräußerungsverbot der oratio Severi, ausgew. Lehren 1848. Num. 4. R.)

p) L. 3 §. 5 D. de reb. eor. (27, 9): Nec ususfructus alienari potest, et si solus fuit ususfructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere. Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare, quamvis oratio nihil de usufructu loquatur. Simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. Quod et in fundo dotali placuit. L. 5 §. 8 eod.: Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. L. 1 §. 4 L. 5 §. 2. 3 L. 7 pr. eod., L. 4. 17 C. de praed. min. (5, 71). Auch Zahlungen der Schuldner, L. 25 C. de adm. tut. (5, 37). Außerdem aber sind nur freiwillige Veräußerungen in dem Verbot begriffen, L. 1 §. 2 L. 3 §. 1. 2 L. 5 §. 4. 6 D. de reb. eor., L. 17 C. de praed. min., L. 28 §. 3 C. de adm. tut. Gewöhnlich werden die Fälle dieser Stellen ungenau als besondere Ausnahmen von der Veräußerungsbeschränkung aufgezählt.

äußerung in sich schließen muß[q]), 2) ein obervormundschaftliches, auf jene Untersuchung erlassenes, und in angegebener Art begründetes Decret, welches auch zugleich über die Art der Veräußerung entscheidet[r]). Ausgenommen von dieser Beschränkung sind unbedeutende, unbrauchbare, der Aufbewahrung nicht fähige Gegenstände, Früchte, die Einnahme jährlicher nicht über zwey Jahre rückständiger Gefälle, und die regulären Ausgaben. Außerdem werden jene Erfordernisse noch ersetzt durch (natürlich nicht erschlichene) Erlaubniß des Regenten[s]), und durch Erlaubniß des Testators, von dem die Sache an den Mündel gekommen ist[t]), auch ist verordnet, daß die Belegung der Sache mit einem Pfandrecht zu Gunsten eines andern Mündels, mit dessen Geld sie angeschafft ist, gültig seyn soll[u]).

Wenn der Mündel es nicht vorzieht, wegen des erlittenen Nachtheils sich an den Vormund zu halten[v]), so kann er auf den veräußerten Gegenstand mit den Rechtsmitteln klagen, die ihm ohne die Veräußerung zu Gebote stehen würden[w]), wobey dem Beklagten der Beweis der Erwerbung, also des Decrets, dem Kläger dagegen, wenn er dessen Mangelhaftigkeit einwendet, der Beweis dieser Mängel obliegt[x]). Der Beklagte hat eine Einrede, 1) soweit der Kläger sich auf seine Kosten bereichern will[y]), 2) wenn der Kläger die Veräußerung durch Eid beſtärkt[z]), oder nach erreichter Volljährigkeit ratihabirt hat[aa]), und dieselbe Wirkung soll

q) L. 5 §. 9. 10. 14 L. 13 D. de reb. eor. (27, 9), L. 5 C. de praed. min. (5, 71). Die Praxis läßt zweckmäßig auch bloße Nützlichkeit als Grund bey beweglichen Sachen zu, s. z. B. Stryk, U. M. P. XXVII. 9, 3.

r) L. 5 §. 10 D. de reb. eor.

s) L. 2 C. quando decr. (5, 72).

t) L. 1. 3 C. eod., L. ult. D. de reb. eor. (27, 9).

u) L. 3 pr. eod.

v) L. 10 eod.

w) L. 5 §. 15 eod.

x) L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), L. 1 §. 2 D. de reb. eor. (27, 9), L. 5 C. de praed. min. (5, 71), L. 2 C. si quis ignorans (5, 73).

y) L. 13 D. de reb. eor., L. 10. 14. 16 C. de praed. min., §. 2 I. quib. alien. licet (2, 8). Auch der Fall der L. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor. ist hieher zu rechnen.

z) Auth. Sacram. pub. C. si adv. vend. (2, 28).

aa) L. 2 C. si maior factus ratum (2, 46).

es haben, wenn 3) fünf Jahre nach erreichter Volljährigkeit abgelaufen sind, ohne daß die Veräußerung angefochten worden ist[bb]).

Administration mehrerer Vormünder[a]).

§. 352.

Wenn mehrere als Vormünder, contutores, bestellt worden sind[b]), so kann einem oder mehreren von ihnen die Verwaltung vorzugsweise übertragen seyn, tutores gerentes[c]); die übrigen heißen honorarii, mit der Aufsicht auf den gerens und daher auch mit Haftung[d]). Schon in dieser Aufsicht liegt eine Theilnahme an der Administration, aber auch eine unmittelbare Thätigkeit dafür ist nach R. R. nur durch eine obrigkeitliche Untersagung der Administration ausgeschlossen[e]), nach heutigem Recht allerdings schon dadurch, daß sie ihnen nicht übertragen ist (§. 343 a. E.).

---

bb) L. 3 C. si maior factus alienat. (5, 74).

a) Dig. XXVI. 7: de adm. tut. — et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. Cod. V. 40: si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possint. 52: de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur.

b) Unterscheide davon, wenn für einen Mündel mehrere Vormundschaften angeordnet werden, so wegen eines entfernten Gütercomplexes, L. 21 §. 2 D. de excus. (27, 1), hier besteht keine Verbindung unter den Vormündern. Ferner wenn ein Vormund für ein besonderes Geschäft hinzubestellt wird, weil der Vormund an dessen Besorgung, oder wenigstens an der zuverläßigen gehindert ist (z. B. Nov. 72 c. 2), oder ein interimistischer für die ganze Verwaltung während einer Abhaltung des ordentlichen Vormunds. Auch in diesen Fällen stehen diese Vormünder nicht in Verbindung mit einander.

c) L. 3 D. h. t. (26, 7), §. 1 I. de satisd. tut. (1, 24), L. 17 D. de testam. tut. (26, 2).

d) L. 3 §. 2 D. h. t. (26, 7).

e) L. 14 §. 1 D. de solut. (46, 3): Sunt quidem tutores qui honorarii appellantur, sunt qui rei notitiae causa dantur, sunt qui ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adiicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. Dico igitur cuicunque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorariis, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio —. L. 14 §. 6 eod.: Ei qui notitiae gratia datus est, an recte solvatur, videndum est, quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere. Nicht durchaus fällt damit zusammen die Frage der Auctoritas, L. 49 D. de adqu. her. (29, 2): (Africanus) pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. L. 4 D. de auct. tut. (26, 8): Etsi pluribus

Mehrere gerentes können in einem doppelten Verhältniß stehen, entweder ist die Verwaltung unter sie getheilt, tutela divisa[f]), wodurch jedem sein besonderer Verwaltungszweig zugewiesen, aber ihre Eigenschaft als Mitvormünder keineswegs aufgehoben ist, indem jeder in Beziehung auf den Geschäftsantheil des Andern die Rolle eines honorarius hat[g]), oder sie ist allen ungetheilt übertragen[h]), so daß jeder vollständig die Verwaltung hat[i]), auch mit dem Recht, den andern eine Handlung zu verbieten, eben darum aber auch vollständig haften muß[k]).

h. Klagen wegen der Administration[a]).

§. 353.

Aus der Obligatio zwischen Vormund und Mündel entsteht die tutelae actio (utilis actio bey der Cura), deren Gegenstand die gesammte Administration, und die daher erst nach Beendigung der Vormundschaft möglich ist[b]). Sie geht auf Rechnungslegung

---

datis tutoribus unius auctoritas sufficiat tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri. Item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus, nec enim id ratum haberi (Pompon.). Wegen der verschiedenen Meinungen über diese Stellen s. Glück, Comment. XXIX S. 184 ff. XXXIII S. 102 ff.

f) L. 3 §. 9 L. 4. 51 D. h. t. (26, 7), L. 2 C. de divid. tut. (5, 52).

g) L. 2 C. cit., L. 1 §. 15 D. de tut. act. (27, 3), L. 19. 41 D. h. t. (26, 7).

h) L. 3 §. 8 eod.

i) L. 24 § 1 eod., L. 7 §. 3 D. de cur. fur. (27, 10). Auch kann (nach justinian. Recht) jeder allein die Auctoritas interponiren, ausgenommen zu einem die Vormundschaft endigenden Geschäft, L. 5 C. de auctor. (5, 59).

k) L. 55 pr. §. 3 D. h. t. (26, 7). Modificationen der gleichmäßigen Haftung, L. 39 §. 11 eod., L. 1 §. 10—14 D. de tut. act. (23, 3), L. 3 C. de divid. tut. (5, 52).

a) Dig. XXVII. 3: de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. XXVII. 7: de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum. Cod. V. 51: arbitrium tutelae. 53: de in litem iurando. 54: de heredibus tutorum vel curatorum. 57: de fideiuss. tut. vel cur. 46: si mater indemnitatem promisit. — Dig. XXVI 4: de contraria tutelae et utili actione. Cod. V. 58: de contrario iudi tutelae.

b) L 4 pr. L. 9 §. 1. 4. 5. 7 D. de tut. act. (27, 3).

über die gesammte Verwaltung[c]), auf Herausgabe des Vermögens und Ersatz alles vom Vormund zu prästirenden Nachtheils. Die Klage kann, wegen unerledigter Punkte, mehrmals angestellt werden, wegen dolus und culpa lata wird der Pupill zum iusiurandum in litem gelassen[d]). Hat der Vormund eine Sache unterschlagen, so kann statt der tutelae actio die actio rationibus distrahendis gebraucht werden, die auf das Doppelte des Werths der unterschlagenen Sache geht[e]). Wegen seiner Gegenansprüche aus der Vormundschaft kann der Vormund entweder compensiren[f]), oder mit der contraria tutelae actio klagen[g]).

§. 354.

Was von dem Vormund, das kann von den Bürgen, durch welche er Caution geleistet, gefordert werden[h]), als Bürgen werden auch die betrachtet, welche die Idoneität des Vormunds dem Gericht bezeugten, affirmatores[i]). Zuletzt können auch die belangt werden, welche den Vormund vorgeschlagen haben, vermöge der Petitionspflicht (§. 339), postulatores[k]), oder vermöge einer Amts-

---

c) L. 1 §. 3 eod., L. 9 C. arb. tut. (5, 51). Es giebt keinen tutor aneclogistus; auch der Vater, der den Vormund bestellt hat, kann die Rechnungslegung nicht erlassen: nemo enim ius publicum remittere potest, L 5 §. 7 D. de adm. tut. (26, 7). Die jährliche Rechnungslegung schließt die Endrechnung nicht aus, jene fordert die Obervormundschaft, diese der Pupill selbst.

d) L. 1 D. de tut. act. (27, 3), L. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7). Die Erben des Vormunds haften schlechterdings, wenn sie in iudicium succediren, außerdem nur wegen dolus und culpa lata ihres Erblassers, L. 1 §. 16 D. de tut. act., L. 39 §. 6 D. de adm. tut., L. 4 D. de mag. conv. (27, 8), L. 1 C. de hered. tut. (5, 54). Großjährige männliche Erben können zur Vollendung der angefangenen Geschäfte angehalten werden (wie der Vormund selbst, wenn die Vormundschaft bey seinem Leben sich endigt). Wie deshalb, so findet auch wegen sonstiger Verwaltung, der sie sich unterzogen haben, die Tutelklage gegen sie Statt, doch haften sie, wenn es bona fide geschehen ist, nur für dolus und culpa lata. L. 1 pr. 4. 8 D. de fidei. tut. (27, 7).

e) L. 1 §. 19 sqq., L. 2 D. de tut. act. (27, 3).

f) L. 1 §. 4 D. de contr. tut. act. (27, 4).

g) L. 3. 6 eod. Remuneration? L. 33 §. 3 D. de adm. tut. (26, 7).

h) L. 5 D. de fideiuss. tut. (27, 7), L. ult. D. rem pupilli (46, 6).

i) L. 4 in f. D. de fidei tut.

k) L. 2 eod. Die Mutter nur, wenn ihr diese Haftung durch das Decret ausdrücklich auferlegt ist, L. 1. 3 C. si mater indemn. (5, 46).

pflicht, nominatores[l]). Der Vater, in dessen väterlicher Gewalt der Vormund steht, haftet nach den gewöhnlichen Regeln[m]), in solidum aber, wenn er sich auf irgend eine Art in die Vormundschaft eingemischt hat[n]).

Von Protutoren.

§. 355.

Wer sich, ohne Vormund zu seyn, der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, tritt gegen den Mündel in dieselbe Obligatio wie ein wahrer Vormund, aus der die protutelae actio entspringt[a]), aber er hat als Nichtvormund weder Administrationsbefugniß, noch die Fähigkeit, gültige Auctoritas zu interponiren[b]).

---

l) L. 4 C. de mag. conven. (5, 75), L. 1 §. 5. 10 D. eod. (27, 8).

m) L. 1 C. quod cum eo qui in al. pot. (4, 26).

n) L. 7 D. de tutel. (26, 1): Si filiusfamilias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non agnovit, duntaxat de peculio. Agnovisse autem videtur sive gessit sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. Unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, cum scias, inquit, periculum ad nos pertinere, dixi, hunc quoque videri agnovisse. Plane si solum monuit filium, non videtur agnita (Ulp.). L. 21 D. de adm. tut. (26, 7): Lucius Titius Gaium Seium filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit, Gaius Seius sciente et consentiente patre tutelam administravit; quaero an defuncto Gaio Seio actio tutelae adversus patrem eius et in quantum competat? Marcellus respondit, secundum ea quae proposita essent, actione de peculio et de in rem verso patrem teneri, nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi in se periculum recepit (Marcell.).

a) Dig. XXVII. 5. Cod. V. 45: de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

b) Dig. XXVII. 6: quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicatur. L. 1 §. 5 eod.: Idem Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilominus hoc edictum locum habere, nisi forte praetor decrevit, ratum se habiturum id quod his auctoribus gestum est, tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure —. L. 10 eod.: Si falso tutore (auctore) actum sit et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Vgl. Rudorff, Vormundsch. II S. 297 ff.

i. Vom Obervormund.

α. Amt[a]).

§. 356.

Das Amt des Obervormunds bezieht sich 1) auf die Bestellung (s. §. 335—341) und Einsetzung des Vormunds (s. §. 343. 352). Er hat die datio und confirmatio tutoris und curatoris, die Sorge für die Inventarisation, für die Cautionsleistung[b]), die Abnahme des Vormundschaftseides, endlich hat er nach der Erfüllung dieser Pflichten und nach vorgängiger causae cognitio, wenn sich kein Bedenken findet, das Tutorium oder Curatorium auszufertigen; 2) auf die Führung der Vormundschaft. Hier wird er thätig a) durch Aufsicht auf die Führung überhaupt die erst im heutigen Recht durch die Vorschrift der jährlichen Rechnungslegung an den Obervormund[c]) vollkommen ausgebildet worden ist; b) durch Mitwirkung bey der Festsetzung der Alimente (s. §. 350) und bey Veräußerungen (s. §. 351); 3) auf die Beendigung der Vormundschaft; diese kann von dem Obervormund ausgehen (bey der Excusation s. §. 342, und bey der Remotion, zu welcher der Obervormund eintretenden Falls verpflichtet ist s. §. 345), bey jeder Beendigung aber hat er die Endrechnung zu prüfen, und, wenn sie richtig befunden wird, den Vormund zu dechargiren.

β. Haftung[a]).

§. 357.

Der Mündel hat die tutelae actio subsidiaria (oder utilis) auf alles, worauf die tutelae actio geht[b]), wenn er zum Ersatz von dem Vormund und den unmittelbar für diesen haftenden Personen nicht gelangen kann, gegen die Behörden, welche die Caution zu besorgen hatten, und nicht gehörig besorgt[c]), oder welche die Bestellung eines Vormunds unterlassen haben[d]), wenn ihnen irgend

---

a) W. H. Puchta, Handbuch d. gerichtl. Verf. in Sachen der freiwilligen Gerichtsb. Th. II Abschn. 3.

b) L. 1 §. 11. 12 D. de mag. conven. (27, 8).

c) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 3.

a) Dig. XXVII. 8. Cod. V. 75: de magistratibus conveniendis.

b) L. ult. D. h. t.

c) Aus diesem Grund kann sie auch ein Mitvormund haben, L. 2. 3 eod.

d) L. 1 §. 6 eod.

eine Schuld deshalb zur Last fällt[e]). Nach heutigem Recht ist, in Folge der weiteren Ausbildung des obervormundschaftlichen Amts, eine umfassendere Haftung nach jenen Grundsätzen eingetreten. Der Obervormund haftet für jede Vernachläßigung der ihm obliegenden Pflichten, deren Erfüllung zu beweisen ihm zukommt[f]); die Klage gegen ihn setzt aber voraus, theils daß der Obervormund in culpa ist, theils daß der Mündel nicht von dem Vormund das Seinige erhalten kann, sey es wegen Insolvenz desselben und der für ihn haftenden Personen, oder weil der Vormund außer Schuld ist.

8. Oeffentliches Amt[a]).

§. 358.

Der Beamte prästirt dem Gemeinwesen in der Verwaltung seines Amts culpam omnem[b]), und eine Culpa wird vermuthet, wenn an den Gegenständen seiner Verwaltung ein Verlust eingetreten ist[c]). Er ist zur Rechnungslegung verpflichtet, und die Richtigkeit der Rechnung kann gegen ihn zwanzig, gegen seine Erben zehn Jahre lang angefochten werden (retractatio rationum), wegen eines Rechnungsfehlers auch nach dieser Zeit[d]). Wer den Beamten ernannt oder präsentirt hat, haftet für ihn, doch wird er durch den Nachweis befreit, daß jener zur Zeit der Ernennung für die Er-

---

e) §. 2 I. de satisd. tut. (1, 24), L. 1 §. 2. 5. 9. 11—13 L. 8 D. L. 1. 5. 6 C. h. t. Haftung Mehrerer, L. 7. 8 D. eod. Haftung der Erben, L. 4. 6 D. L. 2 C. eod. Die höheren Magistratus haften nicht, §. 4 I. de satisd. tut., L. 1 §. 1 D. h. t.

f) L. 1 §. 13 eod.

a) Dig. L. 8: de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. XI. 30: de admin. rerum publicarum. 33: de periculo nominatorum. 34: de per. eorum qui pro magistratibus intervenerunt. 35: quo quisque ordine conveniatur. 38: de his qui ex officio quod administrarunt, conveniuntur. (Wegen der heutigen Anwendbarkeit: Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1832. No. 2 S. 118 f. R.)

b) L. 6 D. h. t. (50, 8).

c) Ja das R. R. verpflichtet ihn hinsichtlich der ausgeliehenen Gelder schlechthin zum Ersatz des Capitals, nur der Ersatz der Zinsen wird von dem Daseyn einer Culpa abhängig gemacht, L. 9 §. 9 eod., L. un. C. de his qui ex officio (11, 38).

d) L. 13 §. 1 D. de div. temp. praesc. (44, 3), L. un. C. de errore calculi (2, 5), L. 8 D. h. t. (50, 8).

satzpflicht zahlungsfähig war[e]). Mehrere für ein Amt Bestellte haften bey ungetheilter Verwaltung in solidum, jedoch der unmittelbare Urheber des Nachtheils zuerst[f]), bey getheilter der für das fragliche Geschäft Berufene und seine Erben, sodann seine Bürgen und Ernenner[g]), zuletzt aber auch seine Mitbeamten, wenn sie durch ihre Thätigkeit den Nachtheil verhindern konnten[h]). Für seinen Vorgänger haftet kein Beamter[i]).

C. Gegenseitige Obligationen.

1. Tauschvertrag[a]).

§. 359.

Tauschverträge sind im Allgemeinen alle Verträge, wodurch jeder Contrahent sich zur Leistung eines Gegenstands, als Aequivalent für den von dem andern zu leistenden, verpflichtet. Im engern Sinn aber ist ein Tauschvertrag geschlossen, wenn beide Leistungen denselben Charakter, des Preises und der Waare zugleich tragen[b]). Nach heutigem Recht[c]) entsteht aus der Uebereinkunft eine gegenseitige Obligatio, wodurch jeder Contrahent verpflichtet ist, den von ihm zu leistenden Gegenstand dem andern zu eigen zu geben.

---

e) L. 2 §. 7 eod.

f) L. 1 C. quo quisque ord. (11, 35).

g) L. 2 C. eod.

h) L. 9 §. 8 D. h. t. (50, 8).

i) L. 9 §. 9 eod., L. 23 C. de decurion. (10, 31).

a) Dig. XIX. 4: de rerum permutatione. Cod. IV. 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis.

b) L. 1 pr. D. h. t.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emtor vel uter venditor sit. Multumque differunt praestationes, emtor enim nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet. in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius; nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emtionis.

c) Ueber das R. R. s. L. 1 §. 2 D. L. 3 C. h. t. Abweichungen von der Obligatio aus dem Kaufcontract, die mit der Schließung durch res zusammenhängen, L. 1 §. 4 D. L. 1. 5 C. eod., L. ult. D. de cond. causa data (12, 4).

2. Kaufcontract[a]).

a. Schließung des Vertrags[b]).

§. 360.

Das Unterscheidende des Kaufcontracts liegt in dem verschiedenen Charakter der Leistungen, zu welchen sich die Contrahenten gegenseitig verpflichten[c]). Der Gegenstand, welchen der Verkäufer in das Vermögen des Käufers zu bringen verspricht[d]), hat die Bedeutung einer Waare, für welche der Käufer seine Leistung als Preis[e]) verspricht, eine Bestimmung, welche nur baarem Gelde gegeben werden kann[f]). Der Kaufcontract ist geschlossen, wenn die Contrahenten über den Gegenstand (auch wenn dieser ein künftiger ist)[g]) und über den Preis (pretium certum) übereingekommen

---

a) Inst. III. 23: de emtione et venditione. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. und den wichtig. neuen Gesetzg. 1838. Thöl, Handelsrecht I §. 63 ff.

b) Dig. XVIII. 1: de contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt. Cod. IV. 38: de contrahenda emtione et venditione. 40: quae res venire non possunt, et qui vendere vel emere vetantur. 51: de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 52: de communium rerum alienatione. 54: de pactis inter emtorem et venditorem compositis.

c) L. 1 pr. D. h. t. (18, 1), L. 1 pr. D. de rer. perm. (§. 359 Note b).

d) L. 20. (Verbesserungen des etiam in dieser Stelle: Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß IV [1848] S. 282. Arndts, daselbst VIII [1851] S. 102. R.) 65 D. h. t., L. 80 §. 3 eod. (§. 148 Note f). Emtio suae rei, L. 16. 18 pr. 34 §. 4 eod.

e) L. 2 §. 1 eod. Pretium verum, L. 36 eod., L. 8 C. eod. (4, 38), L. 38 D. eod.: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est, quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. Daß das pretium iustum sey, ist kein Erforderniß, vgl. §. 364.

f) L. 1 pr. §. 1 eod. Aufgabe in andern Sachen, L. 6 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1): Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias. si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit. L. 79 D. h. t. (18, 1).

g) L. 8 eod. L. 20. 59 eod.

sind[h]). Die Perfection kann dadurch hinausgeschoben werden, daß sie von einer Prüfung und Billigung der Waare durch den Käufer abhängig gemacht wird, emtio ad gustum, Kauf auf Besicht[i]), während der Kauf auf Probe jetzt perfect ist, aber durch einseitiges Belieben des Käufers aufgelöst werden kann[k]). Ein Aufschub der Perfection tritt ferner ein bey Gegenständen, die gemessen werden, vor allem, wenn bloß einzelne erst aus dem Ganzen auszuscheidende Theile verkauft werden; die Ausscheidung geschieht durch Zumessung an den Käufer, und dadurch erst wird der Kauf perfect[l]). Eben so wird die Perfection beurtheilt, wenn zwar das Ganze Gegenstand des Kaufs, aber der Preis nach dem Maß bestimmt ist[m]),

h) L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 7 §. 1 L. 35 §. 1 D. h. t. (18, 1), L. 7 §. 2 eod.: Si quis ita emerit, est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero, valet venditio et statim impletur, habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit. Preis auf die Aestimation eines Dritten, L. ult. C. eod. (4, 38). (H. G. Klemm, über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zu Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren. 1854. Thöl, Handelsrecht I §. 57 S. 194 f. R.)

i) L. 34 §. 5 D. h. t. (18, 1), L. 4 pr. §. 1 D. de peric. (18, 6).

k) Nicht zu verwechseln mit dem Kauf nach Probe. Vgl. Cropp, vom Handel auf Besicht, vom Handel nach Probe, Heise und Cropp, jurist. Abh. I. 12. 13. Thöl, Handelsrecht §. 71. 72. (Hesse, über den Kauf nach vorgezeigten Proben, Zeitschr. für Civilr. und Proz. N. F. III. 4 [1846]. R.)

l) L. 35 §. 7 D. h. t. (18, 1): Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos. Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 74.

m) L. 35 §. 5. 6 eod.: In his quae pondere, numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simulatque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulas metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia

nicht so wenn der Preis überhaupt für das Ganze (in aversione, in Bausch und Bogen) bestimmt ist[n]).

Es giebt Fälle, wo jemand zur Abschließung des Kaufvertrags verpflichtet ist, 1) in Folge des ius protimiseos, das einem Andern zusteht, das aber auch nur in Wirkung tritt, wenn der Verpflichtete überall verkaufen will[o]), 2) in Folge des einem früheren Kaufcontracte beigefügten pactum de retrovendendo, wodurch der Käufer sich verpflichtet, dem Verkäufer die Sache zurückzuverkaufen[p]), oder des pactum de retroemendo, wodurch der Verkäufer sich zum Rückkauf verpflichtet.

b. Actiones emti et venditi[a]).

§. 361.

Die gegenseitigen Forderungen aus dem Kaufcontract gehen theils unmittelbar aus dessen Abschließung in der seinem Begriff entsprechenden Weise hervor, theils werden sie durch hinzukommende Ereignisse und Umstände vermittelt.

Die Forderung des Käufers, die er mit der actio emti geltend macht, geht zunächst auf Ueberlieferung des Gegenstands[b]),

---

venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit, si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

n) L. 4 §. 1. 2 D. de peric. (18, 6), L. 1 §. 1 eod., L. 2 §. 1 eod.: Custodiam ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat, videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem adhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. L. 62 §. 2 D. h. t. (18, 1), L. 40 §. 2 eod.: Qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt. Pro viginti debere pecuniam, respondit.

o) Vgl. L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1), L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66), L. 6—8 D. de in diem add. (18, 2).

p) L. 12 D. de praesc. verb. (19, 5), L. 2 C. de pactis inter emt. (4, 54). Streitfragen über die Zeit und den Preis, vgl. Glück, Comm. XVI S. 206 ff.

a) Dig. XIX. 1. Cod. IV. 49: de actionibus emti et venditi. Dig. XVIII. 6. C. IV. 48: de periculo et commodo rei venditae.

b) L. 11 §. 2. 13 D. de A. E. V. (19, 1): Et in primis ipsam rem

nebst den ausdrücklich oder stillschweigend mitverkauften Accessionen[c], zugleich aber auf das commodum rei[d]), wogegen der Käufer auch die Gefahr des Zufalls trägt[e]), der Verkäufer ist zur diligentia, also auch zur custodia verpflichtet[f]). Der Verkäufer fordert mit der actio venditi den Kaufpreis, der in sein Eigenthum gebracht werden muß[g]), und den Ersatz seiner Verwendungen seit der Schließung des Vertrags[h]).

Die Forderungen können erweitert werden durch pacta adiecta (s. z. B. §. 263. 360 a. E.), aber auch durch andere Umstände, namentlich durch Eviction (§. 362), Mängel (§. 363), Verletzung

---

praestare venditorem oportet, i. e. tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur. — Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit, sed Iulianus libro XV digestorum probat, nec videri traditum, si superior in possessione emtor futurus non sit. erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur. L. 30 §. 1 eod., L. 25 §. 1 L. 28 D. de contr. emt. (18, 1), vgl. L. ult. D. de cond. c. data (12, 4), L. 75 §. ult. D. de V. O. (45, 1).

c) L. 47—49. 67 D. de contr. emt. (18, 1). S. §. 37.

d) S. §. 272.

e) S. §. 302.

f) L. 3 D. de peric. (18, 6): Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. §. 3 I. de emt.: — Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet, si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus —. L. 1 §. 1 D. de peric.: Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet, priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum, et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia.

g) L. 11 §. 2 D. de A. E. V. (Note b), L. 50 eod.: Bona fides non patitur, ut cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem (emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur, ac si) petitor ei neque vendidisset neque tradidisset. S. noch §. 227 Note m.

h) L. 13 §. 22 eod.

über die Hälfte (§. 364), überhaupt endlich durch Dolus, dessen sich ein Contrahent gegen den andern bey dem Vertrag schuldig gemacht hat.

Evictionsleistung[a]).

§. 362.

Jedes Geschäft, welches eine Verbindlichkeit zur Uebertragung oder Bestellung eines Rechts begründet, begründet auch eine Haftung für den Fall der gänzlichen oder theilweisen Entwährung dieses Rechts durch einen andern Berechtigten[b]). So liegt in der Verbindlichkeit des Käufers zur Uebertragung des Eigenthums am Kaufpreis die zur Evictionsleistung; aber auch der Verkäufer, obgleich er nicht schlechthin zur Eigenthumsübertragung verpflichtet ist (§. 361), muß doch dem Käufer das habere licere prästiren, und haftet also wegen Eviction[c]). Wird also dem Käufer die Sache auf dem Grund eines schon zur Zeit des Kaufs bestehenden Rechts im rechtlichen Wege ganz oder theilweise abgestritten[d]),

---

a) Dig. XXI. 2: de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. VIII. 45: de evictionibus. (Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae. Cod. X. 5: ne fiscus rem quam vendidit evincat.) (K. O. Müller, die Lehre des röm. Rechts von der Eviction. Thl. I. 1851. R.)

b) Vgl. Glück, Commentar XX §. 1117—19. Bey dem Vergleich ist zu unterscheiden zwischen dem Streitgegenstand selbst und der zur Abfindung gegebenen Sache, L. 33 C. de transact. (2, 4). Bestritten ist, ob der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet sey? L. 18 §. 3 D. de donat. (39, 5), Paul. sent. V. 11, 5 L. 2 C. h. t. (8, 45), (L. 45 §. 1. 2 L. 46 D. de leg. I. [30], L. 29 §. 3 D. de leg. III. [32]) Koch, de evictione in donatione non indistincte praestanda (1754) 1756. Thibaut, civil. Abhandl. 4 (1814). Schweppe, jurist. Magazin I S. 145 ff. (1818). (Vangerow, Leitfaden III §. 610 Anm. 2. R.)

c) L. 11 §. 2 D. de A. E. V. (§. 361 Note b), L. 6 C. h. t. (8, 45). L. 188 pr. D. de V. S. (50, 16).

d) L. 1. 15 §. 1 L. 21 §. 2 L. 27. 28. 39 §. 5 L. 49. 75 D. h. t. (21, 2), L. 16 §. 1 eod.: Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. L. 21 pr. §. 1 eod.: Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum (fatum) humanae sortis. de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit. Inde Iulianus libro XLIII eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem. L. 13. 64 pr. eod.

so hat er gegen den Verkäufer die Stipulationsklage, wenn ein besonderes Versprechen deshalb gemacht worden ist, stets aber die actio emti auf das Interesse[e]), und diese setzt nicht einmal immer die wirklich geschehene Eviction voraus[f]). Die Forderung der Evictionsleistung ist nicht begründet, wenn es nicht der verkaufte Gegenstand ist, der (ganz oder theilweise) evincirt wird, z. B. beim Verkauf einer Erbschaft, wenn einzelne Sachen evincirt werden[g]), ferner wenn die evincible Sache vor der Eviction zu Grunde ging[h], wenn sie durch Gewalt[i]), oder durch Ausübung eines ius eminens von Seiten des Staats[k]), oder durch ungerechten Richterspruch verloren[l]), wenn sie ohne richterliches Urtheil hingegeben wird[m]), wenn der Käufer den Proceß durch eigene Schuld verloren hat[n]). Eine Voraussetzung des Anspruchs wegen Eviction ist auch die litis denuntiatio an den Auctor, wenn derselbe gegenwärtig ist[o]), doch nach der gemeinen Meinung mit der Aus-

---

e) L. 8. 16 pr. 60. 67. 70 eod. Folge der Gewohnheit der duplae stipulatio nach Ulpian und Paulus, L. 2. 37 pr. §. 1 eod., L. 31 §. 20 D. de aedil. ed. (21, 1), vgl. L. 60 D. h. t.: Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc quod interest (Iavolen.).

f) L. 41 §. 1 D. h. t. (21, 2): Item si domino servi heres exstiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit. L. 9 eod., L. 18 §. 1 D. de peric. (18, 6), L. 30 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1), vgl. L. 3 C. de evict. (8, 45). Anspruch auf Lösung der Sache von einem daran haftenden Pfandrecht? L. 5. 24 C. eod. S. Glück, Comm. XX S. 370 ff.

g) L. 1 C. eod., L. 5 D. eod. (21, 2). Ueber Theile anderer Sachen, L. 36. 42. 43 D. eod., vgl. L. 23 §. 1 D. de usurp. (41, 3). Streitfrage über die Theile einer universitas rerum, Glück, Comment. XX S. 218 ff.

h) L. 21 pr. D. h. t. (Note d).

i) L. ult. C. de A. E. V. (4, 49).

k) L. 11 pr. D. h. t. (21, 2).

l) L. 51 pr. eod.

m) L. 56 §. 1 eod., L. 17 C. eod. (8, 45). Besonderheit bey Noxalklagen, L. 11 §. 12 D. de A. E. V. (19, 1): — et sive defendat noxali iudicio sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse.

n) L. 29 §. 1 L. 53 §. 1 L. 66 pr. D. h. t. (21, 2).

o) L. 53 §. 1 L. 55 §. 1 L. 56 §. 5. 6 eod., L. 8. 9 C. eod. (8, 45).

nahme einer nachgewiesenen Irrelevanz derselben[p]). Die Verbindlichkeit fällt überdieß weg, wenn der Verkäufer durch den Verkauf Geld zum Spiel erhalten sollte[q]), wenn die Sache als eine der Eviction unterworfene veräußert wurde[r]), endlich durch das pactum de non praestanda evictione[s]).

An alle Erben des Auctors, L. 62 §. 1 D. eod., L. 23 C. eod., L. 85 §. 5 D. de V. O. (45, 1).

p) Vgl. Glück, Comment. XX S. 401—4 und die dort Cit. Nur darf man sich für diesen Satz nicht auf L. 11 §. 12 D. de A. E. V. (Note m) berufen, von welcher kein Schluß auf die gegenwärtige Frage statthaft ist.

q) L. 2 §. 1 D. quar. rer. actio (44, 5).

r) L. 11 D. de hered. vend. (18, 4), L. 27 C. de evict. (8, 45).

s) Streitfrage: ob dieses Pactum auch von der Rückgabe des Kaufpreises befreie? Vgl. Glück, Comment. XX S. 300 ff. (v. Vangerow, Leitfaden III §. 610 Anm. 4. Dahmen, veritas communis opinionis circa pactum de non praest. evictione contra novissimas Boehmeri opiniones vindicata [1836]. R.) Die entscheidende Stelle ist L. 11 §. 14. 15. 18 D. de A. E. V. (19, 1): Cassius ait, eum qui ex duplae stipulatione litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse. Iulianus deficiente dupla ex emto agendum putavit. (§. 15) Denique libro X apud Minicium ait, si quis servum ea conditione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emtor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit, tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emtorem habere liceret; ui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret, et ideo emti iudicio tenebitur. — (§. 18) Qui autem habere licere vendidit, videamus, quid debeat praestare? Et multum interesse arbitror utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Iulianus libro XV digestorum scribit, etiam si aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verum tamen ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestatum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel

Gewähr der Mängel der Sache[a]).

§. 363.

Mängel der Sache können die actio emti begründen, wenn Eigenschaften fehlen, die ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. beim Verkauf nach Probe) versprochen sind, oder ein Dolus des Verkäufers nachgewiesen werden kann[b]). Eine vollständigere Gewähr für die Mängel aber hat das Edict der Aedilen dadurch eingeführt, daß es den Verkäufer verpflichtet, die Mängel, welche auf den Werth der Sache Einfluß haben[c]), wenn es nicht offenbare sind[d]), dem Käufer anzuzeigen[e]). Ist dieß nicht geschehen, so

---

pantheram ab aucupe, nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit (Ulp.).

a) Dig. XXI. 1: de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. IV. 58: de aediliciis actionibus. Unterholzner, Archiv für civ. Pr. VI. 3. Gesterding, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VI. 1. Hermann Keller, Jahrb. von Sell III. 4.

b) L. 11 §. 3. 5 D. de A. E. V. (19, 1): Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus. — Si quis virginem se emere putasset cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, veruntamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, et pretio restituto mulier reddatur. L. 6 §. 4 L. 13 pr. §. 1 eod., L. 17 §. 20 L. 18. 19. 38 §. 10. 11 D. h. t. (21, 1). (Vgl. Neustetel u. Zimmern, römisch rechtl. Untersuchungen [1821] 9. v. Vangerow, Leitfaden III §. 609. Anm. [1847]. R.)

c) L. 1 §. 8 L. 61 eod. Mängel der verkauften Sache selbst, L. 33 eod.

d) L. 14 §. ult. eod.

e) L. 1 §. 1 L. 38 pr. §. 5 eod., L. 1 §. 2 eod: Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem etiamsi ignoravit ea quae aediles praestare iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Selbst der Vertrag, daß der Käufer nicht haften solle, befreit ihn nicht von der Pflicht zur Angabe der ihm bekannten Mängel, L. 14 §. 9 eod., L. 39 D. de A. E. V. (19, 1). Umfang der Anwendung, L. 1 pr. h. t.: Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint, quam earum quae mobiles aut se moventes. L. 19 §. 5 eod.: — Emtorem accipere debemus eum qui pretio emit, sed si quis per-

kann der Käufer, ohne Unterschied, ob der Mangel dem Verkäufer bekannt war oder nicht[f]), entweder die Zurücknahme der Sache[g]) und Restitution des Preises mit Zinsen und Interesse (iudicium redhibitorium)[h]), oder, nach seiner Wahl, verhältnißmäßige Minderung des Preises verlangen (iudicium aestimatorium s. quanti minoris[i]); wegen verschiedener Fehler kann mehrmals geklagt werden[k]). Auf Redhibition kann während sechs Monaten, auf Minderung des Preises während eines Jahrs, wegen mangelnder ornamenta immer nur während zwey Monaten geklagt werden[l]).

---

mutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri. L. 2 D. de rer. perm. (19, 4). L. 63 h. t.: Sciendum est, ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. Haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat iurisdictio, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt. L. 62 eod.: ad res donatas edictum — non pertinere dicendum est. — — Das Edict findet keine Anwendung bey venditiones fiscales, L. 1 §. 3 D. h. t.

f) Gegen die Anwendung dieses Satzes auf den Verkauf lebloser Sachen erklärt sich Busch, Archiv für civ. Pr. XXVI. 9. (1843).(Vgl. dagegen Herm. Keller, Jahrb. von Sell III. 9 [1844]. R.)

g) L. 21 §. 1 L. 23 pr. §. 1. 9 L. 25. 31 §. 2. 11—15 eod., L. 48 §. 8 eod.: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio in usu est.

h) L. 27. 29 §. 1—3 L. 31 pr. 58 pr. eod. Condemnatio in duplum, L. 45 eod. Bey freiwilliger Zurücknahme hat der Käufer eine in factum actio auf Restitution des Preises, gleichviel ob die actio redhibitoria begründet gewesen wäre oder nicht, L. 31 §. 17 eod.

i) Auch diese Klage kann den Effect der Redhibition haben, L. 43 §. 6 eod., L. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. (Note k). Gegen die früher herrschende Ansicht, welche die beiden Klagen nach der Beschaffenheit der Mängel (Haupt- und Nebenmängel) unterschied, s. Feuerbach, civ. Versuche (1803) S. 49 ff.

k) L. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2): Est in potestate emtoris intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quae datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit; quare vero dicetur, eum qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri. L. 31 §. 16 L. 48 §. 2. 7 D. h. t. (21, 1).

l) L. 19 §. 6 L. 55 eod., L. 38 pr. eod.: Aediles aiunt: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamen-

Durch den Verlust der Sache gehen die Ansprüche nicht verloren[m]). Die Redhibition hat unter den Parteien völlige Herstellung des Zustands vor dem Vertrag zur Folge[n]), aber sie hat nicht die Wirkung einer Resolutivbedingung[o]).

Rescission des Kaufvertrags[a]).

§. 364.

Jeder Contrahent kann, wenn er durch Dolus des andern zur Abschließung des Contracts überhaupt oder in dieser Art vermocht worden ist, auf Aufhebung des Contracts klagen[b]), der Verkäufer aber auch, ohne daß ein Dolus nachzuweisen ist, wenn der Preis nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erreicht (laesio enormis, ultra dimidium)[c]). Die Bestimmung hat man

---

torum nomine redhibendis, in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, quum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur. Verschiedene Meinungen in der Erklärung der ornamenta, Unterholzner, Archiv VI S. 84 f. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 400. Wegen Unterlassung der Cautionen, zu denen das ädilische Edict den Verkäufer verpflichtete, soll auf Redhibition in 2, auf das Interesse in 6 Monaten geklagt werden können, L. 28 eod.

m) L. 44 §. 2 L. 47 §. 1 L. 48 pr. eod.

n) L. 23 §. 1. 7 L. 60 eod.

o) L. 43 §. 8 eod., L. 4 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6).

a) Dig. XVIII. 5: de rescindenda venditione et quando licet ab emtione discedere. Cod. IV. 44: de rescindenda venditione.

b) L. 1. 5 C. h. t., vgl. L. 4. 6 C. eod., L. 10 C. eod.: Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. L. 22 §. 3 D. locati (19, 2): Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. — Ein solcher Dolus ist auch der Mißbrauch, den ein Arzt von seinem Beruf macht, den Kranken zum Verkauf zu bewegen, L. 3 D. de extraord. cogn. (50, 13), vgl. L. 9 C. de prof. et med. (10, 52).

c) L. 2 C. h. t. (4, 44): Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias auctoritate iudicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse

analog auf den Käufer angewendet, ohne Recht, denn ihre eigentliche Veranlassung liegt in der billigen Rücksicht auf Verkäufe aus Noth, und ohne Bedürfniß, denn den Käufer schützt hinreichend das Edict der Aedilen [d]), und keinen besseren Grund hat auch die Anwendung auf andere Tauschgeschäfte [e]).

3. Locatio et conductio [a]).

a. Schließung des Vertrags.

§. 365.

Locatio conductio ist die Uebereinkunft, wodurch gegen das Versprechen eines Preises (merces, pensio, pretium) der Gebrauch eines Gegenstands versprochen wird [b]). Der Preis muß die Beschaffenheit des Kaufpreises haben: merces vera, certa, in pecunia numerata [c]). Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird,

---

videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit (Diocl. et Max.). L. 8 C. eod. Streitfrage: ob die Vorschrift auch anwendbar sey auf Subhastationen? Glück, Comment. XVII S. 87 ff., ferner auf den Verkauf einer Erbschaft? Das. S. 103 ff.

d) Die Stimmen für und wider s. bey Glück, Comment. XVII S. 27 ff., ebenso über die Frage, wann ein Käufer über die Hälfte verletzt sey, das. S. 35 ff. (Auf das Edict der Aedilen geht namentlich auch L. 54 D. de contr. emt. [18, 1], in welcher Stelle neben den gar nicht hierher gehörigen L. 16. 17 eod., L. 78 §. 16 D. ad s. c. Treb. [36, 1] Chambon [Beitr. zum Obl. Recht (1851) S. 116 ff. 169] die Ausdehnung auf den Käufer finden will. R.)

e) Vgl. Glück a. a. O. S. 120 ff. (Chambon a. a. O. S. 116—184. Die L. 5 C. de dolo [2, 21], auf welche er sich beruft, geht auf die actio doli [§. 376 e], die L. 6 §. 2 L. 12 §. 1 D. de iure dot. [23, 3] auf die besondere jede Uebervortheilung ausschließende Natur der Dos [§. 415 l] Savigny, System II §. 72 ee S. 118. R.)

a) Inst. III. 24: de locatione et conductione. Dig. XIX. 2: locati conducti. Cod. IV. 65: de locato et conducto. (Hermann, der Miethvertrag, hauptsächlich in Beziehung auf Wohnungen. 1840. R.)

b) Pacht, wenn der Gebrauch in dem Bezug von Früchten oder analogen Einkünften besteht, sonst Miethe genannt.

c) L. 2 D. h. t. (19, 2): Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis constitit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et con-

können Sachen und Rechte seyn (locatio conductio rerum), oder Kräfte, und diese entweder unmittelbar, so daß zu leistende Dienste der Gegenstand sind (l. c. operarum)[d], oder mittelbar, so daß die dadurch hervorzubringende Wirkung z. B. eine zu verfertigende Sache, Transport einer Sache 2c. Gegenstand ist (l. c. operis)[e]). Der Vertrag enthält keine Veräußerung[f]), doch hat dieß Ausnahmen, da es zuläßig ist, daß der, welcher vermöge des Vertrags etwas erhält, die Gefahr des Zufalls und damit zugleich das Eigenthum übernimmt; man faßt die verschiedenen Fälle unter dem Ausdruck l. c. irregularis zusammen[g]).

---

ductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio vel venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. L. 25 pr. 46 eod., §. 1. 2 I. h. t. (3, 24). Bey Verpachtungen kann der Preis in Früchten bestimmt werden, absolut, L. 8 21 C. h. t. (4, 65), oder relativ als Quote des jedesmaligen Ertrags (colonus partiarius), L. 25 §. 6 D. h. t.

d) Operae locari solitae, L. 5 §. 2 D. de praescr. verb. (19, 5).

e) So läßt sich z. B. der Contract mit einem Handwerker als l. c. operarum und operis denken, L. 51 §. 1 D. h. t. (19, 2): Locavi opus faciendum ita ut pro opere redemtori certam mercedem in dies singulos darem; opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit, si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est; non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur. L. 22 §. 1. 2 eod.: Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est. Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem.

f) L. 39 eod., L. 20. 65 D. de contr. emt. (18, 1), Gai. III. 146.

g) L. 31 D. h. t. (19, 2): In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat. Quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni

Die Verbote gewisser Pachtungen für gewisse Personen[h]) gehören dem öffentlichen Recht an.

b. Actiones locati et conducti.

§. 366.

Der Locator einer Sache oder eines Rechts ist verpflichtet, das frui licere des Gegenstands und der mit locirten Accessionen[a]) zu prästiren[b]), die Grundabgaben und Lasten zu tragen[c]), impen-

curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito, nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quodsi separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut nosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset, vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere, nam in re quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset, ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum (Alfen. a Paulo epitom.). Instrumentum aestimatum (contractus socidae), L. 3. 54 §. 2 eod. Vgl. Sell, Archiv für civ. Pr. XIX. 12. (v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß VIII. [1850] 1. R.)

h) Für Soldaten, L. 31. 35 C. h. t. (4, 65), Geistliche, Nov. 123 c. 6, Decurionen, L. 30 C. h. t., fürstliche Kammerbeamte, L. un. C. quibus ad conductionem praediorum fiscalium accedere non licet (11, 72), Vormünder vor abgelegter Rechnung, L. un. C. ne tutor vel cur. vectigalia conducat (5, 41), L. 49 D. h. t. (19, 2), L. 1 §. 9—12 D. ad L. Corn. de fals. (48, 10).

a) L. 19 §. 2 D. h. t. (19, 2). Die Verpachtung eines Guts mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten hat man admodiatio genannt.

b) L. 9 pr. 15 §. 1 L. 25 §. 2 L. 33 eod.

c) L. un. §. 3 D. de via publ. (43, 10). Die Frage nach der Tragung der Einquartierungslasten entscheidet sich nach der Vorfrage, ob sie eine Real- oder Personallast sind, welche keine privatrechtliche ist. Die verschiedenen

sae necessariae und utiles zu ersetzen[d]) und omnem culpam zu präſtiren[e]). Der Conductor iſt verpflichtet nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs[f]) den Preis zu geben, auch abgeſehen von ſeiner Benutzung[g]), ſoweit er nicht durch die Schuld des Locator oder durch einen in der Sache liegenden Zufall[h]) an der Benutzung gehindert worden iſt. Wegen eines den Fruchtbezug ganz oder theilweiſe ausſchließenden, und nicht überhaupt oder für dieſe Sache gewöhnlichen Zufalls aber hat der Pächter auf Remiſſion des Pachtzinſes Anſpruch[i]). Endlich hat der Conductor die Sache, wie

---

Meinungen in dieſer Controverſe ſ. bey Glück, Commentar XVII S. 395 ff., Schweppe, jur. Magazin I. 5.

d) L. 55 §. 1 L. 61 pr. D. h. t. (19, 2).

e) L. 19 §. 1 eod.: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia eius erit excusata et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecua vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit. L. 28 C. eod. (4, 65).

f) L. 24 §. 2 eod.

g) L. 19 §. 9. 10 eod.

h) L. 19 §. 6 L. 27 pr. L. 30 §. 1 eod. S. auch §. 302.

i) L. 15 §. 2—4 eod.: Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat. Servius omnem vim cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex re ipsa oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum, si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit, sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse, oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. Cum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est. Papinianus libro IV responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit, exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum,

sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden ist, und mit Ersatz jedes durch irgend eine Culpa verursachten Schadens[k]), nach Beendigung des Verhältnisses zu restituiren[l]), wovon ihn auch, da der Locator Interdictenbesitzer ist, die Behauptung des Eigenthums nicht befreit[m]). Wenn nichts anderes bestimmt ist, steht dem Conductor die Befugniß der Sublocatio (Aftervermiethung) zu, wodurch jedoch das Rechtsverhältniß zwischen den ersten Contrahenten an sich nicht verändert wird[n]).

§. 367.

Für die locatio conductio operarum gelten, soweit der Gegenstand überall ihre Anwendung zuläßt, die Grundsätze der l. c. rerum. Hat aber jemand nicht bloß überhaupt Dienste zu leisten, sondern die Hervorbringung einer gewissen Wirkung gegen einen Preis übernommen (operis conductor, redemtor), so geht seine Verpflichtung auf diese Wirkung; unter der Voraussetzung einer dem arbitrium boni viri gemäßen Beschaffenheit des Opus ist der locator operis zur Billigung, Uebernahme und Zahlung des Preises verpflichtet[o]). Diese Uebernahme befreit den Redemtor von aller Haftung, Dolus ausgenommen[p]), vor derselben haftet er für jede Culpa[q]), ja auch ein Zufall, der das Opus nicht oder nicht

---

quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari. L. 25 §. 6 eod., L. 8 C. eod. (4, 65).

k) L. 11 pr. §. 1. 2 L. 25 §. 3 D. L. 28 C. eod.

l) Condemnatio in duplum, L. 34 D. eod.

m) L. 25 C. eod.: Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.

n) L. 6 C. eod., vgl. L. 30 pr. 58 pr. D. eod., §. 201, 3. 4.

o) L. 24 pr. D. h. t. (19, 2). Rücktritt wegen Ueberschreitung des Anschlags §. 369.

p) L. 24 pr. cit.

q) L. 25 §. 7 eod.: Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligimus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad certas res transferri potest. L. 13 §. 1. 5. 6 eod.

in gehöriger Art zu Stande kommen ließ, trifft ihn insofern, als er keinen Anspruch auf den Preis hat, doch erhält er auch diesen, soweit er ihn schon verdient hat, wenn die Bestimmungen des Locators die Ursache jenes Umstands sind, oder sein Säumniß in der Uebernahme bewirkte, daß der Untergang des Opus vor die Uebernahme fiel, oder auch außerdem ein äußerer Zufall das vollendete Opus, dessen Tüchtigkeit der Redemtor nachweist, vor der Uebernahme zerstörte [r]).

Von der lex Rhodia de iactu [a]).

§. 368.

Den Eigenthümern der aus einem Schiff zur Abwendung einer Seegefahr geworfenen und dadurch verlorenen oder beschädigten Sachen sind die Eigenthümer der dadurch geretteten Sachen (auch des Schiffs) pro rata ihres Werths [b]) den Schaden theilweise zu ersetzen verpflichtet [c]), um das Resultat hervorzubringen, wie wenn der Schiffswurf von allen Sachen pro rata ihres Werths geschehen wäre [d]). Der magister navis hat diese Beiziehung der

---

r) L. 36 eod.: Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37 eod.: Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. 62 eod. — Vgl. auch Weiske, Behandl. einiger civilr. Gegenstände (1829) 1. (v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VIII. 1 [1851]. Dagegen: Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung [1853] S. 372 f. R.)

a) Dig. XIV. 2: de lege Rhodia de iactu. (Aug. de Schryver, comment. sur la loi Rhodia de iactu. 1844. A. d. H.)

b) L. 2 §. 2. 4 L. 4 §. 1 D. h. t.

c) Berechnung des Schadens, L. 2 §. 4. 7 eod.

d) L. 1 pr. eod.: Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. L. 2 pr. eod.: Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent, is deinde cum reliquis quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.

Beitragspflichtigen theils durch Retention ihrer Sachen, theils, wo dieß nicht möglich ist, durch seine actio conducti oder locati gegen sie zu bewirken[e]). Die analoge Anwendung dieser Rechtssätze bey Feuer-, Wasser- und Kriegsschäden, die man mehrfach versucht hat, ist in der That, da die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt, unausführbar.

c. Endigung der locatio conductio.

§. 369.

Die locatio conductio endigt sich 1) durch den Untergang des vermietheten Gegenstands[a]); 2) durch Erreichung des ihr gesetzten Ziels, namentlich durch Ablauf der Zeit, die entweder bestimmt festgesetzt, oder von einseitiger Aufkündigung abhängig gemacht seyn kann. Nach dem Eintritt dieses Endtermins kann das Verhältniß durch beiderseitige stillschweigende Einwilligung (relocatio) fortgesetzt werden[b]); 3) durch Ausübung des Rechts,

---

Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores qui loca in navem conduxerunt. (Schilling, anim. crit. specim. II. [1845]: Et si non totam navem conduxerint, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt, ex conducto aget. R.) Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

e) L. 2 pr. §. 2. 6 eod. Man hat den Beschädigten eine selbstständige condictio ex L. Rhodia geben wollen (mit welcher nun jeder gegen jeden klagen müßte); das R. R. aber gewährt gerade dadurch, daß es den Inhalt der Lex Rhodia mit dem zwischen dem Schiffer und den betheiligten Personen geschlossenen Contract in Verbindung bringt, die Möglichkeit einer ordnungs- und zweckmäßigen Behandlung der Sache.

a) L. 9 §. 1 D. h. t. (19, 2).

b) L. 14 eod.: Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est, intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt, et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. L. 13 §. 11 eod.: Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum

das Verhältniß einseitig aufzuheben, welches a) dem Locator zusteht: wegen zweijährigen Rückstands in Entrichtung der merces[c]), wegen Mißbrauchs der Sache, wegen einer nöthigen, die Fortsetzung des Gebrauchs nicht zulassenden Reparatur, wegen dringenden eigenen Bedürfnisses[d]), nach der Praxis endlich wegen Eröffnung des Concurses über den Pächter[e]); b) dem Conductor: wegen Mängel des Gegenstands, die den Gebrauch hindern, oder beträchtlich verringern oder erschweren[f]), ferner wenn er durch Säumniß des Locator an dem Gebrauch gehindert wird[g]), endlich wegen gegründeter Furcht vor einer mit der Fortbenutzung der Sache verbundenen Gefahr[h]).

Mit dieser Beendigung der locatio conductio werden nicht auch die durch ihr bisheriges Bestehen schon erzeugten Forderungen aufgehoben. Daher ist sie von einer Rescission des Vertrags, z. B. wegen Dolus[i]), zu unterscheiden, die diese Wirkung hat. Dahin gehört auch die Aufhebung der locatio conductio operis, welche dem Locator gestattet ist, wenn es sich ergiebt, daß der Conductor

---

est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat, huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit et si reipublicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse, hoc enim ipso quo tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Vgl. Glück, Comment. XVII S. 275 ff. (C. Röder, Abhandl. [1833] 1. R.)

c) L. 54 §. 1 L. 56 eod.

d) L. 3 C. eod. (4, 65). Der letzte Grund wird in der erforderlichen Stärke nur bey Gebäuden, nicht bey Feldgrundstücken eintreten.

e) Der über den Verpächter ausgebrochene Concurs ist kein Grund der Aufhebung, L. 8 §. 1 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

f) L. 25 §. 2 L. 27 pr. D. h. t. (19, 2).

g) L. 60 pr. eod.

h) L. 27 §. 1 eod., L. 28. 33 D. de damno inf. (39, 2), vgl. Glück, Comment. XVII S. 479—482.

i) L. 23 D. h. t. (19, 2).

einen beträchtlich geringeren Kostenanschlag gemacht hat, als das Opus in Wahrheit fordert[k]).

Weder eine Beendigung noch eine Rescission der locatio conductio aber liegt in einer Veräußerung der Sache durch den Locator, so wenig als in der grundlosen Weigerung des Locators, dem Conductor den Gebrauch zu gestatten; durch das Sprichwort: Kauf bricht Miethe, hat man nur dem natürlichen Satz, daß der Käufer nicht in die Obligation des Verkäufers eintritt, einen unpassenden Ausdruck gegeben[l]).

4. Societas[a]).

a. Schließung des Vertrags.

§. 370.

Der Gesellschaftsvertrag wird durch die gegenseitige Zusage einer das Vermögen betreffenden Gemeinschaft geschlossen[b]). Der Gegenstand der Gemeinschaft, die gehalten werden soll, sind theils Sachen und Rechte, die schon jetzt zum Vermögen der Socii gehören, theils künftig zu erwerbende. In einer societas omnium bonorum, universarum fortunarum, sind alle gegenwärtigen und künftigen Bestandtheile des Vermögens begriffen[c]), in einer Gesellschaft schlechtweg, oder Erwerbsgesellschaft (societas quaestus, quaestus et lucri) alle künftigen Erwerbungen, jedoch nur die durch Thätigkeit der Socii vermittelten[d]). Die Gesellschaft kann aber

k) L. 60 §. 4 eod.

l) L. 25 §. 1 eod.: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. L. 9 C. eod. (4, 65). Bey Veräußerungen fiscalischer Sachen soll die Verabredung, daß der Käufer dem Conductor die Benutzung fortgestatte, stillschweigend verstanden werden, L. ult. D. de iure fisci (49, 14). (Auch das Sprichwort: der Käufer jagt den Miether, darf wenigstens nicht auf eigenmächtige Austreibung bezogen werden, L. 12. 18 pr. de vi [43, 16], L. 20 D. de poss. [45, 2]. Vgl. überhaupt: Dernburg, Abhandl. [1849] Num. 1. R.)

a) Inst. III. 25: de societate. Dig. XVII. 2. Cod. IV. 37: pro socio.

b) L. 31 D. h. t. Eine Streitfrage, ob die Societät unter einer Bedingung geschlossen werden könne, hat Justinian bejahend entschieden, L. 1 pr. eod., L. 6 C. h. t.

c) L. 5 pr. 73 D. h. t. (17, 2).

d) L. 7—13 eod.

auch nur einen einzelnen Zweig des Erwerbs z. B. durch Handel oder Handel einer gewissen Art zum Gegenstand haben[e]), endlich ein einzelnes Geschäft, das auf gemeinschaftliche Rechnung geschlossen werden soll, und eben so eine einzelne Sache oder mehrere einzelne, die gemeinschaftlich werden oder als gemeinschaftlich gelten sollen[f]). Billigkeit und möglichste Gleichheit ist bey dem Societätsvertrag das Princip auch für die rechtliche Beurtheilung, jede Uebervortheilung eines Socius durch den andern ist zu beseitigen, auch der animus donandi macht eine absichtliche Ungleichheit nicht statthaft. Dennoch läßt sich nicht die Regel aufstellen, daß die Antheile den Beiträgen entsprechen müssen, weil sich Beiträge denken lassen (z. B. Dienste, Credit), die eines bestimmten und sichern Werthanschlags nicht fähig sind. Eine verhältnißmäßige Gleichheit durch Bestimmung ungleicher Antheile zu bewirken, muß daher der Uebereinkunft der Contrahenten überlassen werden, ohne eine solche Festsetzung sind die Antheile der Socii gleiche[g]). In dem

---

e) L. 5 pr. 52 §. 3 eod. (Thöl, Handelsrecht I §. 34. Treitschke, die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, nach röm. Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, 2. Aufl. 1844 und [jedoch mit nur untergeordneter Berücksichtigung des gemeinen Rechts] Schiebe, die Lehre von den Handelsgesellschaften [1841] 2. Ausg. 1845. R.)

f) Ueber den Unterschied zwischen dem Fall, wo ein Geschäft der Gegenstand der Societät ist, die Sache nur das Mittel, und dem andern, wo der Vertrag die Sache selbst zum Gegenstand hat, s. L. 58 pr. §. 1 eod.

g) L. 5 §. 2 eod.: Donationis caúsa societas recte non contrahitur. L. 29 eod.: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscunque alterius rei causa. Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat, quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est, plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. L. 30 eod.: Mucius libro XIV scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni aliam lucri

Verhältniß gegenüber Andern macht die bestehende Societät unmittelbar und an sich keine Veränderung[h]).

b. Actio pro socio.

§. 371.

Die Verbindlichkeiten aus dem Societätsvertrag gehen überhaupt auf Haltung der verabredeten Gemeinschaft. Darin liegt entweder wirkliche Gemeinschaftlichmachung der in die Societät fallenden Gegenstände (Uebertragung des Miteigenthums 2c.), jeder Socius kann sie fordern, wo der Gegenstand die communio zuläßt[a]), oder wo dieß nicht der Fall oder ein anderes verabredet ist, daß der Gegenstand dem Effect nach als gemeinschaftlich behandelt werde[b]). Die Gegenstände, auf deren Mittheilung die Forderung geht, sind theils durch eine Societät vermittelte oder sonst in dieselbe fallende Erwerbungen[c]), theils Beiträge, wohin

---

partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. sed potest coiri societas ita ut eius lucri quod reliquum in societate sit, omni damno deducto pars alia feratur, et eius damni quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. L. 6 eod.: Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit. §. 1—3 I. h. t. (3, 25), L. 1 C. h. t. (4, 37). Ueber die Controverse, ob die Gleichheit als relative oder absolute zu verstehen sey, s. Glück, Comment. XV S. 404 ff.

h) L. 82 D. h. t. (17, 2), L. 44 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1), L. 1 §. ult. L. 2—4 §. 2 D. de exerc. (14, 1), L. 13 §. 2 D. de instit. (14, 3). Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 37. 42. 46.

a) L. 74 D. h. t. (17, 2): Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare. L. 1 §. 1 eod. (Note b). Manche wollen in dieser Hinsicht einen ganz unbegründeten Unterschied machen zwischen einer universellen und particulären Gesellschaft, Glück, Comment. XV S. 397 ff.

b) L. 1 §. 1 L. 3 pr. eod.: In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicantur, — ea vero quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent. L. 52 §. 2 eod. (Note g), L. 58 pr. §. 1 eod.

c) Mittheilung des aus Societätsobjecten Bezogenen und Ersatz des darauf Verwendeten, L. 38 §. 1 L. 67 §. 1. 2 eod., L. 60 pr. eod.: Socium

auch das Tragen der Verluste gehört. Die Theilnahme am Verlust erstreckt sich auch auf die Ansprüche aus der Societät selbst, wenn wegen Insolvenz eines Socius nicht alle ihre Antheile erhalten können[d]). Bey der societas omnium bonorum ist jeder Erwerb zu inferiren, und hinwiederum der Aufwand und die Schulden eines jeden aus dem Gemeinschaftlichen zu tragen, soweit nicht eine prästable Culpa eine Aenderung bewirkt[e]). Das durch unerlaubte Handlungen Erworbene wird gemeinschaftlich, wenn es freiwillig inferirt ist; wissen die Socii um diesen Ursprung, so tragen sie mit an den vermögensrechtlichen Folgen des Delicts, und dasselbe ist der Fall, wenn ein Socius auf eine Delictsklage ohne Schuld verurtheilt ist, sonst aber trägt er den Schaden von seinem Antheil allein[f]). In den Societätsangelegenheiten hat jeder Socius dem andern diligentia in suis rebus zu prästiren[g]).

c. Endigung der Societät.

§. 372.

Die Societät wird aufgehoben[a])

1) durch einseitige Aufkündigung, auch nur eines von mehre-

---

qui in eo quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.

d) L. 63 §. 5 eod.

e) L. 27. 52 §. 16 L. 73 eod.

f) L. 52 §. 17. 18 L. 53—57 eod.

g) L. 52 §. 2 eod.: Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro VII digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum. Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. L. 72 eod.: Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

a) L. 4 §. 1 L. 63 §. 10 D. h. t. (17, 2).

ren Socii. Setzen die übrigen die Gesellschaft fort, so ist dieß eine neue, wenn nicht gleich bey der Schließung des Vertrags das Fortbestehen derselben unter den übrigen ausgemacht ist[b]). Durch die Aufkündigung wird die Societät stets sofort geendigt, doch hört, wenn sie dem abwesenden Socius geschieht, der Renuntiant hinsichtlich seiner Societätspflichten erst zu der Zeit, wo jener von der Aufkündigung Kenntniß erhält, auf, Socius zu seyn, während er hinsichtlich der Societätsrechte schon von der Zeit der Aufkündigung an nicht mehr Socius ist[c]). Dasselbe tritt ein bey doloser Renuntiation in Beziehung auf das, was der Aufkündigende seinem Socius böslicher Weise entziehen wollte[d]). Ferner verletzt ein Socius überhaupt durch unzeitige Renuntiation seine Societätspflicht, und kann deshalb auf Entschädigung mit der actio pro socio belangt werden; auch hier kommt, wie dort, der Satz zur Anwendung: socium a se, non se a socio liberat[e]). Das pactum ne abeatur a societate hat keine Wirkung, das Recht der Aufkündigung besteht wie sonst; das pactum ne intra certum tempus abeatur verhindert ebenfalls nicht die Renuntiation während dieser Zeit, ja sie kann sogar ohne Nachtheil aus einem genügenden rechtmäßigen Grund geschehen, außerdem treten für den Renuntianten die obigen Nachtheile ein[f]). Die Aufkündigung kann privatim geschehen, auch von und an mit dieser Angelegenheit beauftragte Procuratoren[g]), oder durch Anstellung der Klage in dieser Absicht die Societät aufzuheben[h]).

2) Durch den Tod auch nur eines von mehreren Socii wird die Gesellschaft aufgehoben, doch kann verabredet werden, daß sie unter den übrigen fortdauern soll[i]). Auf keine Weise treten die Erben als solche in das Societätsverhältniß ihres Erblassers ein, auch wenn dieses bey der Eingehung der Gesellschaft verabredet worden wäre; erst durch Aufnahme von Seiten der übrigen kön-

---

b) §. 4 I. h. t. (3, 25), L. 63 in f. 65 §. 3. 9 D. h. t. (17, 2).
c) L. 17 §. 1 eod.
d) L. 65 §. 3 eod., §. 4 I. cit.
e) L. 17 §. 2 L. 65 §. 4. 6 D. h. t. (17, 2).
f) L. 14—16 eod.
g) L. 65 §. 7. 8 eod.
h) L. 65 pr. eod.
i) L. 65 §. 9 eod.

nen sie Socii werden, wozu keine Verpflichtung besteht[k]). Nur bey der societas vectigalium, die dem Staat gegenüber Verpflichtungen eingegangen ist, wird der Erbe bis zur Beendigung der Pachtung als Theilnehmer an Gewinn und Verlust behandelt, wenn er auch nicht die übrigen Rechte eines Socius (z. B. Stimmrecht) hat[l]). Aber auch bey gewöhnlichen Societäten (societates privatae, voluntariae) ist der Erbe verpflichtet, ein von seinem Erblasser begonnenes Societätsgeschäft ins Reine zu bringen, und haftet dabey für dolus und culpa lata[m]).

3) Capitis deminutio maxima oder media eines Socius[n]),

4) Verlust des Vermögens durch Confiscation oder Concurs[o]),

5) Untergang des Gegenstands der Societät[p]),

6) Unmöglichkeit oder Beendigung des Geschäfts, das der Gegenstand der Gesellschaft ist[q]), endlich

7) Eintritt des Termins, bis zu welchem die Gesellschaft eingegangen ist, wenn nicht sämmtliche Socii sie, auch stillschweigend, fortsetzen[r]) — endigen die Gesellschaft gleichfalls.

Diese Endigungsgründe heben natürlich nicht die durch die bisherige Dauer der Gesellschaft begründeten Forderungen auf, wegen deren auch nach Endigung der Societät die actio pro socio stattfindet. Nur geht diese Klage nicht auf Theilung der durch die Gesellschaft gemeinschaftlich gewordenen Sachen und Rechte; zu diesem Zweck dient die actio communi dividundo.

5. Gemeinschaft[a]).

§. 373.

Die Obligatio aus dem Gesellschaftsvertrag geht auf Haltung einer Gemeinschaft, es giebt aber auch eine Obligatio auf Auf-

k) L. 35—37. 52 §. 9 L. 59 pr. 65 §. 9. 11 eod.

l) L. 59 pr. 63 §. 8 eod.

m) L. 40 eod.

n) L. 63 §. 10 L. 58 §. 2 L. 65 §. 11 eod.

o) L. 4 §. 1 L. 65 §. 1. 12 eod., §. 8 I. h. t. (3, 25).

p) L. 63 §. 10 D. h. t. (17, 2), vgl. L. 58 pr. eod.

q) L. 58 pr. eod., §. 6 I. h. t. (3, 25).

r) L. 1 pr. 65 §. 6 D. h. t. (17, 2).

a) Dig. X. 3. Cod. III. 37: communi dividundo. Cod. III. 38: communi utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo.

hebung einer bestehenden Gemeinschaft. Durch eine bestehende Gemeinschaft nämlich von Vermögensrechten (solche vorausgesetzt, die Mehreren pro indiviso zustehen können) entsteht, die Gemeinschaft mag durch Vertrag oder nicht (s. g. communio incidens) hervorgebracht seyn[b]), eine gegenseitige Obligatio unter den Communionsinteressenten (socii), deren Gegenstand vor allem die Theilung des gemeinschaftlichen Guts[c]), folgeweise aber auch praestationes personales: Mittheilung des aus der res communis gezogenen Gewinns, Ersatz der Verwendungen und Prästation der diligentia in suis rebus, sind[d]). Diese Verbindlichkeiten werden (abgesehen von dem Fall des Miterbrechts) geltend gemacht mit der actio communi dividundo[e]), welche besteht, so lange die Communio dauert[f]), als utilis actio indessen auch nach der Aufhebung der Gemeinschaft auf die praestationes personales gegeben wird[g]).

---

b) L. 2 pr. D. h. t. (10, 3): Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est, veluti inter eos qui pariter eandem rem emerunt, sine societate communis est, veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est. L. 31 D. pro soc. (17, 2), L. 25 §. 16 D. fam. erc. (10, 2).

c) L. 3 pr. D. h. t. (10, 3): In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint, et si quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi. §. 5 I. de officio iud. (4, 17), L. 7 §. 1 L. 21 D. L. 1. 3 C. h. t.

d) L. 4 §. 3 L. 6 §. 2. 3 L. 8 §. 2 L. 10 pr. 14 pr. §. 1 L. 20. 23. 26. 28 D. h. t. (A. Brinkmann, das Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander. 1855. R.)

e) L. 1 eod.: Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit. L. 1 §. 8 D. de superf. (43, 18), L. 7 pr. §. 2. 3. 6—10 L. 10 §. 1 D. h. t. (10, 3). (Theilung unter einzelnen socii: Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXIV. [1851]. 9. R.)

f) L. 14 §. 2. 3 eod. Nur eine richtige Theilung hebt die Communio auf und damit die Klage, L. 36 D. fam. erc. (10, 2), L. 3 C. comm. utr. iud. (3, 38): Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Vgl. Consult. vet. ICti 2.

g) L. 6 §. 1. 2 L. 11. 14 §. 1 D. h. t. (10, 3).

Actio finium regundorum [a]).

§. 374.

Wenn die Gränzen anstoßender praedia rustica [b]) verschiedener Eigenthümer [c]) streitig, und dadurch also ungewiß sind [d]), so hat jeder derselben die actio finium regundorum (Gränzscheidungsklage), deren Zweck zunächst die Ermittelung der wahren Gränzen ist [e]), die aber zuletzt, wenn die Ungewißheit nicht gehoben werden kann, auf Theilung des streitigen Stücks, welches sodann als gemeinschaftlich betrachtet wird, geht [f]). Durch diesen letzten möglichen Erfolg ist die Gränzscheidungsklage eine Theilungsklage. Er wirkt aber auch auf jenen nächsten Zweck der Klage und die Beweislast zurück, in Beziehung auf welche beide Parteien an sich einander gleich stehen [g]).

---

a) Dig. X. 1. Cod. III. 39: finium regundorum. Vgl. Puchta, über die actio fin. reg., Zeitschr. für Recht u. Gesetzgeb. in Kurhessen II S. 1 ff. (1837). (Wiederhold, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XIII. 2 [1839]. Sternberg, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XVII. [1842] 13. Hoffmann, Archiv für civ. Pr. XXXI. [1848] 16. R.) Ueber die Geschichte des Rechtsmittels s. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X. 7 (1842). Puchta, Cursus der Inst. II §. 234. (Rudorff, gromatische Institutionen [1852] in den Schriften der röm. Feldmesser 2 S. 433—445. R.)

b) L. 2 pr. D. h. t.: Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant, neque enim multum interest, arbores quis in confinio an aedificia ponat. L. 4 §. 10 eod.

c) L. 4 §. 7 eod. Doch giebt auch ein ius in re, mit dem das Innehaben des Grundstücks verbunden ist, die Klage, L. 4 §. 9 eod.

d) Gegen den Irrthum, daß eine Ungewißheit anderer Art, nämlich eine von den Parteien selbst zugestandene Unmöglichkeit, die richtigen Gränzen anzugeben, erforderlich sey, s. die Stellen Note e.

e) L. 1 eod.: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. L. 2 §. 1 L. 8 §. 1 L. 11. 12 eod. Interesse und Früchte, L. 4 §. 1—3 eod.

f) L. 2 §. 1 L. 3 eod. Einen von den bisherigen Ansichten ganz abweichenden Charakter will der Klage Wiederhold, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XIII. 3 (1839) geben, fines regere soll Abmarkung bedeuten, diese sey als Pflicht der Nachbarn, um künftigen Gränzirrungen vorzubeugen, anerkannt, und darauf gehe die actio finium regundorum. Es ist dieß wohl nichts anderes, als eine historische Hypothese über die erste Entstehung der Klage, welcher überdieß erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen. (Ueber die Voraussetzungen der Adjudicatio: Hoffmann, Archiv für civ. Pr. XXXV. No. 10 [1852]. R.)

g) L. 10 eod.: Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae,

II. Delictsobligationen.

A. Delicte durch Dolus.

1. Entwendung[a]).

§. 375.

Das Furtum begeht, wer eine bewegliche Sache nimmt, in der Absicht, sich in ihr einen das Recht eines Andern verletzenden Gewinn zu verschaffen[b]). Die auf einen widerrechtlichen Gewinn gerichtete Absicht bildet den animus furandi; ist aber der Gewinn in Wahrheit kein widerrechtlicher, so macht ihn nicht schon die Absicht dazu[c]). Was der Dieb gewinnen will, kann die Sache selbst seyn, oder ein sonstiger Vortheil, den sie gewährt, darum kann möglicherweise der Eigenthümer der Sache selbst einen Diebstahl daran begehen[d]). Auf besonderen Gründen, nicht auf dem Begriff des Furtums, beruht es, daß dieses Delict nicht begangen wird durch Entwendung erbschaftlicher Sachen, ehe der Erbe angetreten und von ihnen Besitz genommen hat[e]). Eben so wird Entwendung

---

finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis et eius cum quo agitur. C. 3 X. de probat. (2, 19): — — quod si ambarum partium testes sint aeque idonei, possessoris testes praeferentur —.

a) Inst. IV. 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII. 2: de furtis. Cod. VI. 2: de furtis et servo corrupto.

b) L. 1 §. 3 D. h. t. (47, 2): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. L. 25. 39. 52 §. 19. 20 L. 53 pr. 65 eod.: Infitiando depositum nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert in digito habeat annulum an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.

c) Es ist kein furtum, wenn der Eigenthümer es gestattet (auch ohne Wissen des Thäters), L. 46 §. 8 L. 48 §. 2 eod. Aber die Gestattung muß nicht bloß auf das Nehmen, sondern auf den Gewinn gerichtet seyn, daher der wissentliche Empfang einer Nichtschuld furtum ist, L. 44 pr. §. 1 eod.

d) L. 15 §. 1 L. 19 §. 6 L. 54 pr. §. 1 L. 66 pr. eod., L. 16 D. de cond. furt. (13, 1), §. 1. 6—10 I. h. t (4, 1). Darauf wird die Eintheilung des Diebstahls in furtum rei ipsius, usus und possessionis gegründet, die abgesehen von ihrer Undeutlichkeit keineswegs alle Fälle erschöpft, s. z. B. L. 19 §. 6 L. 66 pr. cit.

e) Dig. XLVII. 19. Cod. IX. 32: expilatae hereditatis. L. 6 D. eod.:

unter Ehegatten nicht als Furtum behandelt (§. 426). Der Bestohlene, d. h. der, dessen rechtliches Interesse durch den Diebstahl verletzt ist[f]), hat die actio furti auf die Strafe des vierfachen oder doppelten Werths[g]), je nachdem das furtum manifestum oder nec manifestum ist[h]), gegen den Dieb und den Gehülfen[i]). Die Peinl. Ger. Ordn. Carl V. läßt diese Privatstrafe noch bey dem einfachen geringen Diebstahl (unter fünf Goldgulden) zu[k]). Wegen Entwendung in Feuersnoth, Einsturz, Schiffbruch und ähnlichen Calamitäten wird eine Klage innerhalb eines Jahres auf das Vierfache, nachher auf das Einfache, auch gegen den wissentlichen Verwahrer der entwendeten Sachen gegeben[l]).

2. Betrug und Arglist.

a. Doli actio[a]).

§. 376.

Absichtliche rechtswidrige Beschädigung, wenn sie nicht unter den Begriff eines andern Delicts fällt, und auch nicht durch eine andere Klage geltend gemacht werden kann, giebt dem Beschädigten die actio doli, die also im vollsten Sinn eine subsidiäre Klage ist[b]). Sie geht auf den Ersatz des vollen Interesse[c]), nach zwey Jahren aber nur noch auf den Gewinn, den der Beklagte von seinem Dolus hat[d]). Um ihrer Eigenschaft als actio famosa willen soll sie nicht wegen eines zu unbedeutenden Schadens (unter zwey

---

(Neratius) Si rem hereditariam ignorans in ea causa esse subripuisti, furtum te facere respondit. Paulus: Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.

f) L. 10. 11. 12 pr. §. 1 L. 26 §. 1 L. 71 D. de furt. (47, 2), L. 47 eod.: Si dominium rei subreptae quacunque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.

g) L. 27 pr. 50 pr. eod.

h) L. 2—8 eod.

i) L. 21 §. 9 L. 34. 52 pr. 54 §. 4 eod.

k) C. C. C. 157. 158.

l) Dig. XLVII. 9: de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

a) Dig. IV. 3. Cod. II. 21: de dolo malo.

b) L. 1 pr. §. 1. 4. 6. 7 D. h. t., L. 47 pr. D. de R. I. (50, 17).

c) L. 18 pr. D. h. t. (4, 3).

d) L. 28 eod., L. ult. C. h. t. (2, 21).

Aurei) gegeben werden[e]), und nicht gegen solche Personen, denen der Kläger besondere Achtung schuldig ist[f]), in welchen Fällen eine actio in factum, um dem Beklagten den rechtswidrig gemachten Gewinn zu entziehen, stattfindet[g]).

b. Actio in factum gegen den falsus tutor.

§. 377.

Gegen den, welcher mit dem Bewußtseyn, nicht Vormund zu seyn, auctoritatem interponirt hat, hat der dadurch Getäuschte eine in factum actio auf Schadensersatz, nach Analogie der actio doli[a]).

c. Actio in factum gegen den Mensor[a]).

§. 378.

Die Voraussetzung der doli actio wäre bey einem Agrimensor, der durch falsche Messung beschädigt, vorhanden, wenn dem Verletzten kein anderes Mittel der Ausgleichung offen steht[b]), da auch die Partey, welche den Mensor bestellt und zugezogen, gegen ihn keine Geschäftsklage hat[c]). Aber es ist dem Beschädigten eine besondere Klage wegen Dolus oder culpa lata gegeben[d]), auch gegen Andere, die durch Messen oder Rechnen beschädigen[e]). Die Klage geht als Delictsklage nicht gegen die Erben[f]), doch ist sie perpetua[g]). Beschädigt der Mensor durch dolose Verzögerung der Messung, so tritt die actio doli ein[h]).

---

e) L. 9 in f. 10. 11 D. h. t. (4, 3).

f) L. 11 §. 1 eod.

g) L. 12 eod.

a) L. 7 sqq. D. quod falso tutore (27, 6).

a) Dig. XI. 6: si mensor falsum modum dixerit. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X S. 422 ff.

b) L. 3 §. 2. 3 eod.

c) L. 1 pr. eod.

d) L. 1 §. 1 eod.

e) L. 5 §. 2 L. 6. 7 eod.

f) L. 3 §. 5 eod.

g) L. 4 eod.: Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.

h) L. 5 pr. eod.

d. Klagen wegen Störung der Rechtshülfe.

§. 379.

Wer jemanden absichtlich verhindert, in einem Termin zu erscheinen, haftet dem dadurch Beschädigten auf das Interesse[a]).

Eben so wer einen in possessionem missus durch Dolus verhindert, in dem Besitz zu seyn[b]).

Wer durch Veräußerung einer Sache dem Andern die Verfolgung seines Rechts dolose erschwert oder schmälert, kann mit einer actio in factum auf das Interesse belangt werden[c]); die Veräußerung durch den Kläger giebt dem Beklagten gegen den nunmehrigen Kläger eine Exceptio[d]). Die Klage setzt eine Alienation, die jene Wirkung hat, voraus[e]), sie fällt daher weg, wenn die Veräußerung ungültig ist[f]), oder das Judicium nicht verändert, indem dasselbe entweder noch immer gegen den Veräußerer stattfindet, oder von ihm wenigstens übernommen werden will[g]). Als Delictsklage geht sie nicht gegen die Erben[h]).

e. Actio Pauliana[a]).

§. 380.

Wenn ein Schuldner eine Veräußerung zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, so wird diesen eine actio in factum, actio Pauliana (auch ein interdictum fraudatorium mit denselben materiellen Eigenschaften) gegeben. Sie setzt eine alienatio in fraudem creditorum facta voraus: eine Veräußerung[b]), wohin auch eine

---

a) Dig. II. 10. de eo per quem factum erit quo minus quis in iudicio sistat.

b) Dig. XLIII. 4: ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. Vgl. L. 1 §. 8 eod.

c) Dig. IV. 7. Cod. II. 55: de alienatione iudicii mutandi causa facta.

d) L. 11. 12 D. eod.

e) L. 3 §. 2—4 L. 4 §. 2. 3 L. 8 §. 2 eod.

f) L. 8 §. 1 eod. Vgl. §. 96 Note h.

g) L. 3 §. 5 eod. Wo der Veräußerer als fictus possessor haftet, fällt eigentlich diese Klage weg, dessenungeachtet setzt L. un. C. h. t. (2, 55) auch in einem solchen Fall ihre Zuläßigkeit voraus.

h) L. 4 §. 6 L. 5—7 D. h. t. (4, 7).

a) Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. Cod. VII. 75: de revocandis his quae in fr. cred. alienata sunt.

b) L. 1—7. 17. 18 D. h. t., L. 5 eod. Nicht Ausschlag eines Er-

Zahlung gehören kann[c]), zum Nachtheil der Gläubiger, so daß diese durch den Concurs ihre Befriedigung nicht erlangt haben[d]), und Dolus des Schuldners und des Empfängers[e]), dessen Wissen nur bey unentgeltlicher Veräußerung nicht erforderlich ist[f]). Der Gegenstand der Klage ist die Restitution des Veräußerten mit allen Accessionen, soweit sie zur Befriedigung der benachtheiligten Gläubiger erforderlich ist[g]), ohne daß der Beklagte seine Gegenleistung, wenn sie nicht noch vorhanden ist, von den Gläubigern fordern kann[h]). Die Klage geht nach einem Jahr nur noch auf das, wodurch der Beklagte bereichert ist[i]), gegen die Erben, wie andere Delictsklagen, auf die Vermehrung der Erbschaft durch das Delict des Erblassers[k]).

f. Sonstige dolose Beschädigungen.

§. 381.

Wessen Dolus in einem Auflauf Schaden verursacht hat, der

---

werbs, L. 6 pr. §. 1—5 L. 19. 20 D. h. t. Streitig, ob dem Fiscus in dieser Beziehung ein Vorrecht zustehe, L. 45 pr. D. de iure fisci (49, 14).

c) Gegenüber dem Fiscus, L. 18 §. 10 L. 21 eod. Vorzeitige Zahlungen, L. 10 §. 12 D. h. t. (42, 8). Zahlungen nach der Concurseröffnung, L. 6 §. 6. 7 L. 10 §. 16 eod. Nach der gewöhnlichen Meinung dationes in solutum auch vor der Concurseröffnung mit Berufung auf L. ult. D. quib. ex caus. in poss. (42, 4), worin dieses Geschäft einem Kauf verglichen wird. Controverse: ob überhaupt Zahlungen vor der Concurseröffnung der Klage unterliegen, wenn sie sich als Begünstigung eines Gläubigers vor den andern qualificiren? (mit Berufung für die bejahende Meinung auf L. 24 D. h. t. [42, 8], L. 6 §. 1. 2 D. de reb. auct. iud. [42, 5], L. 96 pr. D. de solut. [46, 3]) Francke, über die Zuläßigkeit der a. Pauliana bey Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt, Archiv für civ. Pr. XVI. 5. 10 (1833), Laspeyres, das. XXI. 2 (1838).

d) L. 10 §. 1 L. 15. 16 D. h. t. (42, 8), §. 6 I. de action. (4, 6).

e) L. 1 pr. 6 §. 8 L. 9. 10 pr. §. 2—5 L. 25 §. 1 D. h. t. (42, 8).

f) L. 6 §. 11 L. 25 pr. eod., L. 5 C. h. t. (7, 75). Hat der Fiscus das Vorrecht, daß er auch onerose Veräußerungen ohne Rücksicht auf Mitwissenschaft des Empfängers anfechten kann? L. 45 pr. D. de iure fisci (49, 14), L. 18 §. 10 eod.

g) L. 9. 10 §. 19—23 L. 14. 25 §. 4 D. h. t. (42, 8).

h) L. 7. 8 eod.

i) L. 6 §. 14 L. 10 §. 18. 24 eod.

k) L. 10 §. ult. L. 11 eod.

kann innerhalb eines Jahrs auf das duplum, nachher auf das simplum belangt werden[a]).

Von der Beschädigung zur Zeit der Noth gilt, was von der Entwendung unter diesen Umständen (§. 375 Note l).

Gegen den, welcher fremde Bäume heimlich abhaut (ohne sie wegzubringen, also ohne ein Furtum zu begehen), hat der Eigenthümer oder Emphyteuta die actio arborum furtim caesarum, auf das Doppelte des Interesse, bey dessen Anschlag der Werth des liegen gebliebenen Holzes in Abzug zu bringen ist[b]).

Pächter öffentlicher Einkünfte, wenn sie oder ihre Diener und Gehülfen jemanden in Beziehung auf ihr Geschäft absichtlich beschädigen, können innerhalb eines Jahrs, sofern sie nicht freiwillig restituiren, auf das Doppelte, nachher auf das Einfache belangt werden[c]).

Auch die actio sepulcri violati gehört hieher (§. 35 a Note q).

g. Actio servi corrupti[a]).

§. 382.

Die Klage gegen den, welcher einem fremden Sklaven in seinem schlechten Wandel Vorschub leistet, oder ihn zu unerlaubten Handlungen anleitet und dadurch verdirbt, ist als utilis actio auch dem Vater wegen der Verführung der Kinder auf eine arbiträre Geldstrafe gegeben[b]).

h. Calumnia[a]).

§. 383.

Wer um eines ungerechten Processes willen wissentlich etwas empfangen hat, kann, wenn es gegeben worden ist, damit er von diesem Unrecht abstehe (ne calumniae causa negotium faceret), von dem Geber mit der condictio ob turpem causam, von dem, dessen Nachtheil der Empfänger beabsichtigte, mit einer Pönalklage auf

---

a) Dig. XLVII. 8: vi bonorum raptorum et de turba.

b) Dig. XLVII. 7: arborum furtim caesarum.

c) L. 1—6 D. de publicanis (39, 4).

a) Dig. XI. 3: de servo corrupto. Cod. VI. 2: de furtis et servo corrupto. (Ueber die Entstehung der Klage: Rudorff, Zeitschr. für gesch. R. W. XII S. 149. R.)

b) L. 14 §. 1 D. h. t.

a) Dig. III. 6. Cod. IX. 46: de calumniatoribus.

das Vierfache innerhalb eines Jahrs belangt werden[b]), und dieselbe Klage hat, wenn etwas gegeben worden ist, ut negotium faceret, der, dessen Nachtheil Geber und Empfänger beabsichtigten, gegen den Empfänger[c]), nach einem Jahr auf das Einfache[d]).

3. Gewalt.

a. Körperliche Gewalt.

§. 384.

Eine körperliche Gewalt gegen die Person, eine wirklich vollzogene oder unmittelbar angedrohte, bildet den Charakter mehrerer Delicte, so des Raubs (Entwendung mit Gewalt gegen die Person verübt), aus welchem der Prätor eine besondere vi bonorum raptorum actio gab[a]), der gewaltsamen Besitzentziehung (interdictum de vi §. 135), der gewaltsamen Zurückhaltung eines in ius vocatus, die dem Klagansteller eine in factum actio auf das, was er von dem vocatus fordern wollte, giebt[b]).

b. Drohung[a]).

§. 385.

Gegen die Veränderung rechtlicher Zustände durch rechtswidrige Drohung[b]) wird der Gezwungene restituirt durch eine Klage, actio quod metus causa, wenn ihm schon etwas entzogen worden ist, durch eine Einrede, exceptio metus, gegen eine durch den Zwang vermittelte Klage[c]). Diese Rechtsmittel setzen einen

---

b) L. 5 §. 1 L. 7 pr. D. h. t.

c) L. 3 §. 3 L. 6 eod.

d) L. 1 pr. 5 in f. eod.

a) Inst. IV. 2. Dig. XLVII. 8. Cod. IX. 33: vi bonorum raptorum.

b) Dig. II. 7: ne quis eum qui in ius vocabitur, vi eximat.

a) Dig. IV. 2: quod metus causa gestum erit. XLIV. 4: de doli mali et metus exceptione. Cod. II. 20: de his quae vi metusve causa gesta sunt. Rudorff, über die octavianische Formel, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 3 (1844).

b) L. 1—9 pr. D. quod metus (4, 2).

c) L. 9 §. 3. 4 eod.: Sed quod praetor ait, ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium

Vermögensnachtheil voraus[d]), dessen voller Ersatz gefordert werden kann, so daß dem Gezwungenen alles wird, was er ohne die erlittene Gewalt gehabt hätte[e]). Dieser Gegenstand der Forderung ist unbeschränkt, wenn der Zwingende selbst belangt wird, und hier ist die Klage eine Delictsklage[f]), aber Klage und Einrede sind zugleich in rem scriptae, und können gegen Jeden gebraucht werden, an den und soweit an ihn in Folge einer Gewalt etwas gekommen ist[g]). Das canonische Recht hat der exceptio metus eine

---

perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsistente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

d) L. 12 §. 2 L. 14 pr. eod.

e) L. 9 §. 7 eod.: Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, i. e. in integrum officio iudicis, ut si per vim res tradita est, retradatur et de dolo, sicut dictum est, repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo ut Iulianus scribat libro IV digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. Sed et si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit. Sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. L. 18 pr. D. de dolo (4, 3), L. 10 §. 1 L. 12 pr. quod metus (4, 2), L. 38 §. 6 D. de usur. (22, 1). Zufälliger Untergang des abgezwungenen Gegenstandes, L. 14 §. 11 D. quod metus. Die Strafe des Vierfachen wegen verweigerter Restitution auf arbitrium iudicis (L. 14 §. 1—4. 7. 9. 10 L. 19 eod.) ist heutzutage weggefallen.

f) L. 14 §. 5. 15 L. 16 pr. §. 2 L. 17. 19. 20 eod.

g) L. 9 §. 8 eod.: Cum haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est, non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta. L. 9 §. 1 L. 14 §. 18 eod., L. 4 §. 33 D. de doli exc. (44, 4): Metus

Wirkung noch über die Natur der in rem scripta hinaus gegeben. Diese Einrede fällt nämlich unter den Begriff der exceptio spolii, die dem Spoliirten gegen Klagen selbst, die mit der erlittenen Gewalt in gar keinem Zusammenhang stehen, zukommen soll; er soll gegen jede criminelle Anklage irgend einer Person[h]), und gegen jede Civilklage des Spoliators geschützt seyn, bis er restituirt wird, wenn er das Spolium innerhalb funfzehn Tagen zu beweisen vermag[i]).

c. Handlung gegen Verbot[a]).

§. 386.

Wer gegen Verbot (vi in diesem Sinn)[b]), oder mit Verheim-

---

causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit, enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, veruntamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore verum a quocunque adhibito exceptio obiici possit.

h) c. 3 C. 3 qu. 1: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda quacunque conditione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia maiorum aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua.

i) c. 1 de restit. spol. in VI (2, 5): — statuimus ut in civilibus negotiis spoliationis obiectu quae ab alio quam ab actore facta proponitur, iudex in principali procedere non postponat. Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asserat a quocunque, infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit. alioquin in expensis quas interim actor ob hoc fecerit iudiciali taxatione praehabita condemnetur, alias, si iudici aequum visum fuerit, puniendus —.

a) Dig. XLIII. 24: quod vi aut clam. G. Hasse, Rhein. Museum IV. 1 (1830), Francke, Archiv für civ. Pr. XXII. 14 (1839), Schmidt, Zeitschr. für Civilr. und Pr. N. F. I. 7 (1845). (Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXVII. [1854] 9. R.)

b) L. 1 §. 5—11 L. 2. 3 pr. §. 1 eod., L. 20 pr. eod.: Vi facit tam is qui prohibitus fecit, quam is qui quo minus prohibeatur, conse-

lichung vor dem, von welchem ein Verbot zu befürchten war[c]), eine Aenderung mit einem Grundstück vornimmt (von welcher Beschaffenheit dieses seyn möge)[d]), und dadurch irgend einen Schaden (sey es an einem Grundstück oder an einer andern Sache) veranlaßt[e]), der haftet dem Beschädigten[f]) auf Wiederherstellung des Zustands vor der Veränderung und vollen Schadensersatz[g]), sein Erbe nur auf das, was an ihn gekommen ist[h]). Die Klage, interdictum quod vi aut clam, geht aber auch gegen den Besitzer des Opus, der keinen Theil an dessen Entstehung hat, jedoch nur auf Duldung der Restitution durch den Kläger[i]). Ein Recht schützt den Beklagten nicht[k]), dagegen hat er eine Einrede 1) wenn er sich auf das Verbot bereit erklärt hat, mit Caution den Proceß über sein Recht zu übernehmen[l]); 2) wenn er schon einen Richterspruch[m]), oder eine sonstige obrigkeitliche Anordnung[n]) für sich hat; 3) wenn er nur beseitigt hat, was von dem Kläger vi aut clam geschehen ist[o]); 4) wenn das Verbot seine Wirkung durch ausdrückliche oder stillschweigende Zurücknahme verloren hat[p]); 5) wenn ein Jahr seit der letzten Thätigkeit verstrichen ist[q]).

---

cutus est periculum puta adversario denuntiando, aut ianua praeclusa. L. 20 §. 1 eod.: Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, i. e. vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve iactantis prohibendi gratia.

c) L. 3 §. 7. 8 L. 4 eod.

d) L. 1 §. 4 L. 7 §. 5. 8 L. 11 pr. 20 §. 5 eod.

e) Vgl. L. 7 §. 7 eod.

f) L. 11 §. 14 L. 16 pr. §. 1 eod., L. 17 eod.: Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.

g) L. 1 pr. §. 1 L. 15 §. 7—12 eod.

h) L. 15 §. 3 eod.

i) L. 7 pr. 14. 15 pr. 16 §. 2 eod.

k) L. 1 §. 2 eod.: Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi an non. Sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto propter quod vi aut clam fecit, tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.

l) L. 3 §. 5 eod.

m) L. 7 §. 2 eod.

n) L. 7 §. 4 eod.

o) L. 7 §. 3 L. ult. §. 2 eod.

p) L. 1 §. 9 L. 3 §. 1. 2 L. 20 §. 2 eod.

q) L. 15 §. 3—6 eod. (Man hat es bedenklich gefunden, daß auch der Eigenthümer das Verbot jedes Dritten respectiren soll. Manche wollen des-

4. Iniuria[a]).

§. 387.

Iniuria ist das wissentliche Unrecht, das seine ausschließliche Richtung gegen die Person des Verletzten hat, ohne die Absicht einer Vermögensbeschädigung, wenn diese auch nebenher als Folge der Handlung eintreten sollte. Dieses Delict bildet ein Supplement zu den besonderen dolosen Vergehungen; eine Handlung, mit der sich jene persönliche Intention verbindet, begründet die iniuriarum actio[b]), unter dieser Voraussetzung kann jeder Eingriff in das Rechtsgebiet eines Andern diese Klage zur Folge haben, wenn nur der Verletzte sich rein auf die Hervorhebung jenes animus iniuriandi beschränkt, und von den sonstigen Qualificationen der Handlung, z. B. der Vermögensbeschädigung, absieht[c]). Ein Fall

---

halb die unbedingte Kraft der Prohibition auf die Verbote des Eigenthümers beschränken, während sie zum Verbot gegen ihn ein Verbietungsrecht verlangen [Francke, Wiederhold]. Dieß ist ein entschiedener durch Mißverständniß der L. 5 §. 10 D. de O. N. N. [39, 1] §. 396 d veranlaßter Irrthum, vgl. L. 6 §. 1 D. si serv. [8, 5] §. 191 h. Andere finden das ganze Interdict dem jetzigen Rechtsbewußtsein widerstrebend und sehen es durch die Praxis als beseitigt an [Schmidt]. Es genügt aber vollkommen, abgesehen von der Injurienklage [§. 387 c], daß dem Eigenthümer gegen unbefugte Prohibitionen das Interdict uti possidetis und das Summariissimum zur Seite steht, L. 3 §. 2—4 D. uti poss. [43, 17], L. 11 D. de vi [43, 16]; wenigstens verdient die heutige processualische Langsamkeit dieser Rechtsmittel nicht, daß man ihr das materielle Recht accommodire. Vgl. auch Seuffert, Archiv V. 68. 25. Zimmermann [Note a] S. 241. R.)

a) Inst. IV. 4. Cod. IX. 35: de iniuriis. Dig. XLVII. 10: de iniuriis et famosis libellis. A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften 1793 ff. 2. Ausg. 1797 ff. (Mit Rücksicht auf die Praxis einzelner Länder: L. J. Neubert, Handb. des Injurienprocesses 2. Aufl. [1842], J. Schüßler, über Injurien und Injurienklagen [1847]. R.)

b) L. 44 D. h. t. (47, 10): Si inferiorum dominus aedium, superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse, quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur. L. 3 §. 2 eod.: Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat.

c) Hinderung oder Störung der Ausübung von Privat- oder öffentlichen Rechten, L. 25 D. de A. E. V. (19, 1), L. 13 §. 7 L. 24 D. h. t. (47, 10), L. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. (43, 8); Eindringen in die Wohnung, L. 23 D. h. t., L. 21 §. 7 D. de furt. (47, 2); Beschränkung der persönlichen

dieses Delicts ist noch besonders hervorgehoben, und darum wird unterschieden 1) die actio iniuriarum ex generali edicto[d]), die alle Fälle der Aeußerung jenes animus iniuriandi umfaßt, 2) die actio iniuriarum aus einer Injurie im engeren Sinn, contumelia, infamandi causa factum[e]), der Aeußerung einer die Ehre des Andern antastenden, verachtenden Gesinnung, durch welche sehr verschiedenartige, ja an sich indifferente Handlungen (Thätlichkeiten, Worte, Zeichen) zu Injurien werden können[f]). Das prätorische Edict hat als einen besondern Fall der Injurie hervorgehoben das convicium (Schmähung)[g]), das cornelische Gesetz Schläge und Eindringen in die Wohnung[h]). Die Handlung braucht nicht gegen den Injuriirten persönlich und unmittelbar begangen zu seyn[i]), es giebt auch eine mittelbare Injurie, die uns in der Person unserer Angehörigen widerfährt[k]). Die Wahrheit, wenn der Redner sich nur einfach darauf beschränkt hat, ist nie eine Injurie[l]).

Die iniuriarum actio, in welcher der Kläger die ihm widerfahrene Injurie bestimmt bezeichnen muß[m]), geht auf eine arbiträre Geldstrafe nach einer vom Kläger aufzustellenden, vom Richter zu ermäßigenden aestimatio iniuriae[n]). Die Klage fällt weg,

---

Freiheit, L. 11 §. 9 D. h. t.; Beraubung der Geisteskräfte, L. 15 pr. eod.; Vexationen, L. 13 §. 3 L. 15 §. 33 eod.

d) Vgl. L. 15 §. 26 eod.

e) L. 1 pr. 15 §. 25 sqq. eod.

f) L. 1 §. 1 L. 15 §. 1. 15—23. 27. 29—33 eod.

g) L. 15 §. 2—12 eod.

h) L. 5 pr. eod.

i) L. 15 §. 7 eod.

k) L. 1 §. 3—6 L. 15 §. 24 L. 18 §. 2—5 eod. Aber nur die prätorische Klage wird wegen der mittelbaren Injurie gegeben, nicht die der lex Cornelia, L. 5 §. 6 eod. Der Unterschied ist, daß jene in einem Jahr verjährt, diese perpetua ist.

l) L. 18 pr. eod.: Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire. L. 5 C. h. t. (9, 35): Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convicium obiecisti et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes.

m) L. 7 D. h. t. (47, 10).

n) §. 7. 9 I. h. t. (4, 4), L. 7 §. 8 L. 8. 9. 21. 37 §. 1 D. h. t. (47, 10).

sowie der Injuriirte zu erkennen gegeben hat, daß er die Injurie ignoriren wolle, ferner wenn er andere Satisfaction angenommen oder sonst mit dem Thäter sich verglichen hat[o]).

B. Delicte durch Culpa.

1. Actio legis Aquiliae[a]).

§. 388.

Das damnum iniuria datum, aus welchem die actio L. Aquiliae oder utilis actio (in factum actio accommodata legi Aquiliae)[b]) entspringt, setzt eine rechtswidrige[c]) positive Handlung, die eine Beschädigung hervorgebracht hat[d]), voraus. Die Klage geht auf vollen Ersatz des Schadens[e]), wird aber Pönalklage theils dadurch, daß sie gegen den Leugnenden auf das Doppelte geht[f]), theils durch die Bestimmung, daß der höchste Werth in dem letzten Jahr (bey Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh) oder in den letzten dreißig Tagen rückwärts (bey sonstigem Schaden) der Schätzung zu Grunde gelegt wird[g]). Bey Körperbeschädigungen besteht nach der Praxis außer dem Schadensersatz (s. Note d) noch ein Anspruch auf eine arbiträre Geldstrafe (Schmerzengeld)[h]).

---

o) L. 11 §. 1 L. 17 §. 6 eod.

a) Inst. IV. 3. Dig. IX. 2. Cod. III. 35: de lege Aquilia.

b) §. 16 I. h. t., L. 7. 9. 33 §. 1 L. 49 pr. D. h. t., L. 57 D. loc. (19, 2), L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5) u. a.

c) L. 4 pr. 5 pr. 29 §. 3 L. 44. 49 §. 1 D. h. t. (9, 2).

d) Untergang oder Beschädigung von Sachen, vgl. L. 27 §. 21 D. eod., §. 16 I. eod., des Körpers eines Freien, L. 7 pr. 13 pr. D. eod., vgl. L. ult. D. de his qui effud. (9, 3).

e) L. 21 §. 2 L. 22. 23 pr. §. 1—6 L. 29 §. 3 L. 33 pr. D. h. t. (9, 2). Nicht bloß Eigenthum, sondern auch ein ius in re berechtigt zur Klage, L. 11 §. 6—10 L. 12. 17 pr. (Madai, im Archiv für die civ. Praxis XXVI. 7. Num. III [1843]. R.) 19. 20 eod.

f) L. 2 §. 1 eod.

g) L. 2 pr. 11 §. 2 L. 27 §. 5 eod. Davon ist jedenfalls die Anwendung auch noch heutzutage zu machen, daß der Kläger seinen Beweis des Werths nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten braucht.

h) Vgl. C. C. C. 20.

2. Actio viae receptae.

§. 389.

Wer das Grundstück eines Andern zum öffentlichen Wege zieht, kann von diesem auf das Interesse belangt werden[a]).

3. Versehen des Richters[a]).

§. 390.

Wenn ein Richter dolo eine widerrechtliche Sentenz giebt, so kann er von dem Beschädigten auf die volle aestimatio litis belangt werden, litem suam facit[b]). Die Klage pflegt actio syndicatus oder ex syndicatu genannt zu werden. Ist er nur eines Versehens schuldig, so wird die Klage gegen ihn nicht schlechthin auf das volle Interesse, sondern auf eine nach der Stärke seines Versehens zu ermessende Leistung gegeben[c]). Diese Grundsätze sind auch auf die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, auf die der vermischt freiwilligen schlechthin, auf die der rein freiwilligen so daß der Richter nur wegen dolus und culpa lata in Anspruch genommen werden kann.

4. Haltung gefährlicher Thiere.

§. 391.

Wer gefährliche Thiere an einem gangbaren Orte hält, kann, wenn ein freier Mensch durch dieselben getödtet wird, auf 200 solidi[a]), ist er verwundet, auf eine arbiträre Geldstrafe und Scha-

---

a) L. 3 pr. D. de via publ. refic. (43, 11). (F. Zimmermann, über die heutzutage Statt findenden Rechtsmittel wegen Beschädigungen der Angränzen durch Anlegung öffentlicher Straßen. Zeitschrift für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XII Num. 3. R.)

a) Dig. L. 13: de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur. Cod. VII. 49: de poena iudicis qui male iudicavit etc. (Weber, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß VII No. 1. R.)

b) L. 15. 16 D. de iudic. (5, 1), L. 2 C. h. t. (7, 49). R. A. 1532 Tit. 3 §. 17, C. G. O. 1855 Th. III Tit. 55 §. 6. 10. (Iudex litem suam facit bezeichnet nicht das Delict, sondern die Wirkung desselben.)

c) L. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13), pr. I. de obl. quasi ex del. (4, 5), vgl. C. G. O. 1555 a. a. O. §. 5. — Die Bestimmungen in Dig. II. 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur, finden heutzutage keine Anwendung.

a) Heutzutage auf eine arbiträre Criminalstrafe, C. C. C. 136.

densersatz, sind Sachen beschädigt worden, auf das Duplum des Schadens belangt werden[b]).

C. Obligationen aus Delicten Anderer.

§. 392.

Nautae, caupones, stabularii können aus den Delicten, welche die von ihnen bey ihrem Geschäft gebrauchten Personen gegen die Reisenden begehen, von diesen auf das Doppelte belangt werden, vorausgesetzt daß das Delict im Schiff oder Gasthof selbst geschehen ist[a]).

Wer an seinem Körper oder an seinen Sachen durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einem Hause auf einen besuchten Ort beschädigt wird, hat die actio de effusis et deiectis auf Schadensersatz gegen den Bewohner des Hauses oder des Theils desselben, aus welchem die Beschädigung geschehen ist[b]).

(Wegen gefährlichen Aufstellens oder Aushängens tritt eine Popularklage auf 10 aurei, actio de positis et suspensis ein[c]). R.)

D. Obligationen aus Beschädigungen durch Thiere[a]).

§. 393.

Wenn ein Thier, ohne daß ein Mensch Ursache davon ist, durch eine dieser Thiergattung nicht natürliche Wildheit (contra naturam sui generis) geschadet hat, so hat der Beschädigte die actio de pauperie gegen den Eigenthümer, der sich aber durch noxae deditio des Thiers von dem Ersatz befreien kann[b]). Die

---

b) L. 40 §. 1 L. 41. 42 D. de aedil. ed. (21, 1).

a) Dig. XLVII. 5: furti adversus nautas, caupones, stabularios. L. 7 D. nautae, caup. (4, 9).

b) Dig. IX. 3: de his qui effuderint vel deiecerint. (Wegen Tödtung eines freien Menschen Popularklage auf 50 aurei.)

c) L. 5 §. 6—13 D. eod., §. 1 I. de obl. quasi ex del. (4, 5).

a) Inst. IV. 9. Dig. IX. 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (Inst. IV. 8. Dig. IX. 4. Cod. III. 41: de noxalibus actionibus.)

b) L. 1 pr. §. 11 D. si quadr. (9, 1), L. 1 §. 3. 4. 7. 10 eod.: Ait Praetor: pauperiem fecisse. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu

Voraussetzungen dieser Klage treten nicht ein bey dem Abweiden fremder Früchte, darum ist hier eine eigene Klage, actio de pastu, gegeben, die den Gegenstand und die Voraussetzung der Nichtschuld mit der vorigen gemein hat[c]).

III. Obligationen zur Abwendung künftiger Verletzungen.

A. Aus einseitigen Handlungen und Zuständen.

1. Damni infecti cautio[a]).

§. 394.

Wer durch die mangelhafte Beschaffenheit eines Hauses oder einer sonstigen Vorrichtung[b]) einen Schaden für ein Grundstück

---

petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam. quodsi propter loci iniquitatem aut propter culpam mulonis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur. — Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit. Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si cum equum permulsisset quis vel palpatus est et calce eum percusserit, erit actioni locus. — In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet —. L. 4 eod.: Haec actio utilis competit, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

c) L. 14 §. 3 D. de praescr. verb. (19, 5): Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem qua experiri possis, nam neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris, quia non in tua pascitur, neque de pauperie, neque damni iniuriae agi posse; in factum itaque erit agendum. Der Meinung, daß die Klage Absicht des Viehеigenthümers voraussetzt, widerspricht ihre Eigenschaft als Noxalklage, Paul. sent. I. 15, 1: Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupede cedat, quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. S. ferner L. 6 C. de L. Aqu. (3, 35): De his quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.

a) Dig. XXXIX. 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. Hesse, die cautio damni infecti nach römischen Principien und in ihrer heutigen Anwendung und Anwendbarkeit 1838. (Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern. 1843. Reinhard, Archiv für civ. Pr. XXX. 8 [1847]. R.)

b) L. 19 §. 1 L. 30 D. h. t.

und dadurch für sich befürchtet[c]), wegen dessen Ersatz er keine Klage haben würde[d]), kann (mit der damni infecti actio oder exceptio) von dem, welchem das Opus gehört[e]), Caution fordern[f]), daß ihm der durch dasselbe und seine mangelhafte Beschaffenheit[g]) entstehende Schaden werde ersetzt werden, cautio

---

c) L. 5 §. 2 L. 11. 13 §. 5. 8. 9 L. 18 pr. §. 1—5. 7 eod. Iusiurandum calumniae, L. 13 §. 3 eod. Daß der bonae fidei possessor nicht das Recht der Caution hat (L. 11. 13 §. 9 cit.), hält Ihering (Abhandl. S. 104. 111) für eine von den späteren Juristen aufgegebene Beschränkung. Es ist schwer, einen Ausdruck dieser Rechtsänderung, wie er will, in L. 18 pr. eod.: damni infecti stipulatio competit non tantum ei cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est zu finden. Ueberdieß entbehrt jene Ausschließung keineswegs eines materiellen, fortwirkenden Grundes.

d) L. 6 eod.: Evenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint, adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant, pro derelicto habeat. L. 13 §. 6 L. 18 §. 4 L. 32 eod., L. 24 eod.: Si filiusfamilias inquilinus sit, videamus, an damni infecti nomine in possessionem aedium vicinarum mittendus sit? Quaeritur enim, an filiusfamilias non videtur damnum pati, si res peculiares sint, et pater possit stipulari, si quid ei damni fiat? Et placet utrumque eorum in possessionem mitti, nisi sic conduxerat, ut eius periculo aedes essent; tunc enim, quia solus tenetur ex locato, recte dicetur, ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur. L. 23 eod.: Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet. L. 34 eod.

e) L. 9 §. 4. 5 L. 10. 11. 13 pr. §. 1 L. 15 §. 24—27 L. 19 pr. eod. Ueber den Fall mehrerer Verpflichteter und Berechtigter, L. 27 eod.: Plures earundem aedium domini singuli stipulari debent sine adiectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur, quin imo pars adiecta partis partem faciet. Contra si plures domini sint vitiosarum aedium, pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur. L. 40 §. 2—4 eod.

f) L. 13 §. ult. L. 15 pr. §. 1 eod. Realcaution durch Bürgen, wenn jemand alieno nomine cavirt, L. 9 §. 4. 5 L. 13 pr. 31 §. 1 eod.

g) Stipulatio hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit, L. 24 §. 4. 12 eod., L. 26 eod.: Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione, veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro quo adhuc

damni infecti[h]). Auch eine cautio de damno praeterito kann unter Umständen gefordert werden, immer durch exceptio, und auch durch Klage, wenn der Beschädigte an der zeitigen Forderung der damni infecti cautio gehindert war[i]). Der Verpflichtete kann sich von der Verbindlichkeit zur Caution durch Dereliction des Hauses oder Opus befreien. Weigert er sich ohne dieß, so wird der Berechtigte in den Besitz desselben, zunächst ohne Verdrängung des Verpflichteten gesetzt, missio in possessionem ex primo decreto[k]); bleibt diese ohne Erfolg, so wird das Recht des Verpflichteten als derelinquirt angenommen, und geht durch eine missio in possessionem ex secundo decreto auf den zur Caution Berechtigten über[l]), oder es wird, wenn der Kläger dieß vorzieht, die Caution als geleistet betrachtet[m]).

2. Aquae pluviae arcendae actio[a]).

§. 395.

Wenn jemand von einer zur Veränderung des Wasserlaufs auf einem Privatgrundstück gemachten Vorrichtung[b]) Schaden

---

utebatur, prohibetur, multumque interesse utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.

h) Nicht bloß der Schaden an dem gefährdeten Grundstück selbst, L. 13 §. 5 L. 28. 40 pr. eod.

i) L. 7 §. 2 L. 8. 9 pr. §. 3 L. 15 §. 28. 34 eod., L. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

k) L. 15 §. 11—20. 30. 31 D. h. t. (39, 2), L. 5 §. 1 eod.

l) L. 7 pr. 15 §. 21—27 eod.

m) L. 7 pr. L. 15 §. ult. eod., L. 4 §. 2 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

a) Dig. XXXIX. 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. (K. A. Schneider, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. V. 22 [1832], Elvers, [neue] Themis I S. 493 ff. [1841], Schmidt [von Ilmenau], civil. Abhandl. 4 [1841]. Darüber: Pfordten, kritische Jahrb. 1843 S. 588 ff.) Vgl. auch die §. 35 a Note bb cit. Schriften (und Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VI No. 6 IX No. 14 [1851]. R.).

b) L. 1 §. 1 D. h. t.: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est, de eo opere, ex quo damnum timetur. totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, i. e. cum quis manu fecerit quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quod si natura

durch Regenwasser[c]) für sein Feldgrundstück befürchtet[d]), so hat er gegen den Eigenthümer des Grundstücks oder des Opus[e]) die aquae pluviae arcendae actio auf Restitution des früheren Wasserlaufs (je nachdem der Beklagte Urheber ist oder nicht, auf dessen oder auf des Klägers Kosten), nicht auf Ersatz eines (vor der Litiscontestation) schon eingetretenen Schadens[f]). Eine Einrede giebt dem Beklagten die Berechtigung zu der Vorrichtung durch eine Servitut, durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Uebereinkunft[g]), und durch obrigkeitliche Anordnung, deren Beweis durch unvordenkliches Bestehen des gegenwärtigen Zustands ersetzt wird[h]).

3. Operis novi nuntiatio[a]).

§. 396.

Wer durch Veränderungen, die mit irgend einem Grundstück vorgenommen werden sollen, opus novum in solo factum, solo

---

aqua noceret, ea actione non continentur. L. 1 §. 2—10 L. 3 §. 3 L. 23 §. 1 eod. Utilis actio, wenn die Veränderung durch Zufall geschah, L. 2 §. 1. 2. 5. 6 eod.

c) L. 1 pr. §. 23 L. 2 §. 9 L. 3 pr. eod. Diese Stellen haben die Controverse veranlaßt, ob auch wegen bloßen Quellwassers, abgesehen von dem Fall, wo es erst durch Hinzukommen des Regens schädlich wird, unsere Klage zuläßig ist?

d) L. 1 §. 17 L. 25 eod. Nicht wegen entzogenen Wassers, L. 1 §. 21 eod., vgl. L. 2 §. 9 eod.: Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse, aquam enim arcere hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

e) L. 4 eod. Utilis actio gegen den Usufructuar, L. 3 §. 4 L. 22 §. 2 eod.

f) L. 5. 6 §. 6. 7 L. 11 §. 3 L. 22 §. 1 eod.

g) L. 19 eod.

h) L. 1 §. ult. L. 2 §. 3 L. 23 pr. §. 2 eod.

a) Dig. XXXIX. 1. Cod. VIII. 11: de operis novi nuntiatione. Dig. XLIII. 25: de remissionibus. G. Hasse, Rhein. Museum III S. 579 ff. (Ueber das Verfahren: Schmidt von Ilmenau, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß VIII. 2 [1851], über das Verhältniß zum int. quod vi und die heutige Anwendbarkeit: Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXVII. 9. R.)

coniunctum[b]), Schaden für ein Grundstück befürchtet[c]), kann durch eine solenne Ermahnung, von dem Opus abzustehen, operis novi nuntiatio[d]), bewirken, daß, bis über das Recht des Nuntianten und des Nuntiaten in Folge der auf die Nuntiation von dem Nuntianten anhängig zu machenden gerichtlichen Verhandlung entschieden ist[e]), Einhalt mit dem Opus geschehe, oder Caution von dem Nuntiaten, im Fall er Unrecht behalten würde, alles zu restituiren, geleistet werde[f]). Thut der Nuntiat weder das eine

---

b) L. 1 §. 11. 12 D. de O. N. N. (39, 1): Opus novum facere videtur qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. Hoc autem edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio vel demolitio videtur opus novum continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere, quia ad ea opera quae in solo fiunt, pertinet hoc edictum. L. 1 §. 13. 14 eod. Opus futurum, L. 1 §. 1 eod.

c) Unmittelbar oder mittelbar, L. 1 §. 16—18 L. 5 §. 9 eod. Wegen einer gefährdeten servitus praedii urbani, L. 2. 15 eod., L. 15 D. de serv. pr. urb. (8, 2). Nicht wegen einer servitus pr. rustici, L. 14 D. de O. N. N. (39, 1): Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur; Zachariä, über die Unterscheidung zw. serv. rust. u. urb. S. 7 ff. bestreitet dieß, aber mittelst einer, wie mir scheint, unrichtigen Auslegung der angeführten Stelle. — Der Eigenthümer, Emphyteuta, Superficiar, L. 3 §. 3 L. 5 §. 6 eod. Der Usufructuar procuratorio nomine, L. 1 §. 20 L. 2 eod., vgl. L. 5 §. 18 L. 7 §. 1 L. 13 pr. eod. Ist der Grund publicum ius tuendum, jeder Bürger, L. 3 §. 4 L. 4 eod.

d) L. 5 §. 2—5 L. 10. 11 eod. (Nuntiatio in rem fit, non in personam.) Genaue Angabe des Gegenstands der Untersagung, L. 1 §. 8 L. 5 §. 15 L. 8 §. 1 eod. Die Nuntiation ist ein außergerichtlicher Act, es giebt eben so wenig eine sog. nunt. publica, als eine sog. n. realis, s. L. 5 §. 10 eod.: Meminisse autem oportebit, quotiens quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel proiicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum i. e. lapilli ictum prohibere, quam operis novi nuntiatione. ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. Aut si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam, aut uti possidetis uti. (Die Prohibition per praetorem ist die Anstellung des Interdicts uti possidetis, die per manum das vim vi repellere [§. 80 i]. R.)

e) L. 1 pr. §. 9 eod. Iusiurandum calumniae, L. 5 §. 14 eod.

f) L. 8 §. 3 L. 20 §. 5. 9 eod. L. un. C. eod. (8, 11). Die Nun-

noch das andere, so giebt die Nuntiation dem Nuntianten das interdictum de opere restituendo oder demolitorium, auf Zerstörung alles nach der Nuntiation gemachten[g]). Die Nuntiation verliert ihre Wirkung 1) durch Uebereinkunft[h]), 2) durch den Tod des Nuntianten, oder Veräußerung des ihn zur Nuntiation berechtigenden Grundstücks[i]), 3) durch remissio, d. h. die richterliche Erlaubniß zur Fortsetzung, welche eine Folge entweder der gestellten oder angebotenen Caution ist, oder der endlichen Entscheidung über das Recht zu dem Opus, wenn diese zu Gunsten des Nuntiaten ausfällt[k]).

4. Klagen auf Exhibition.

a. Actio ad exhibendum[a]).

§. 397.

Der Besitzer einer beweglichen Sache ist zur Darstellung derselben, Exhibition[b]), dem verpflichtet, der ein rechtliches Interesse

---

tiation fällt weg, wenn periculum in mora, namentlich in Rücksicht auf das gemeine Wohl, ist, L. 5 §. 11. 12 D. eod. (39, 1).

g) L. 20 pr. eod.: Praetor ait: Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas. L. 23 eod.: Is cui opus novum nuntiatum erat, vendidit praedium, emtor aedificavit; emtorem an venditorem teneri putas, quod adversus edictum factum sit? Respondit: cum operis novi nuntiatio facta est, si quid aedificatum est, emtor i. e. dominus praediorum tenetur, quia nuntiatio operis, non personae fit, et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est. L. 3 §. 3 D. de alien. iud. mut. c. (4, 7): Opus quoque novum si tibi nuntiaverim, tuque eum locum alienaveris, et emtor opus fecerit, dicitur, te hoc iudicio teneri, quasi neque tecum ex operis novi nuntiatione agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit. L. 22 D. de O. N. N. Ist ein Schaden geschehen, so concurrirt damit das interdictum quod vi aut clam. L. 7 §. 2 D. quod vi a. cl. (43, 24).

h) L. 1 §. 10 D. de O. N. N. (39, 1).

i) L. 8 §. 6 L. 20 §. 6 eod.

k) L. 1 pr. 20 §. 9 eod., L. un. D. de remiss. (43, 25).

a) Dig. X. 4. Cod. III. 42: ad exhibendum.

b) L. 22 D. de V. S. (50, 16), L. 2 D. h. t. (10, 4): Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat, experiundi sit copia. L. 6. 11 §. 1 eod. Iusiurandum in litem. L. 3 §. 2 eod.

an der Besichtigung der Sache hat wegen eines dinglichen[c]), oder wegen eines persönlichen Anspruchs auf sie[d]), welcher durch die Exhibition möglich gemacht oder sonst vorbereitet werden soll[e]). Dieses Interesse begründet die actio ad exhibendum[f]). Ob ein solches existirt, soll durch eine summarische Untersuchung ermittelt werden[g]). Bestreitet der Beklagte nicht das Recht des Klägers und schreibt sich selbst keines zu, so hat die Exhibition zugleich die Restitution zur Folge[h]).

b. Andere Klagen.

§. 398.

In manchen Fällen, wo die actio ad exhibendum wegen der besonderen Bestimmung des sie begründenden Interesse nicht

---

c) L. 1 eod.: Haec actio perquam necessaria est, et vis eius in usu quotidiano est; et maxime propter vindicationes inducta est. L. 3 §. 3. 4 L. 5 §. 2 L. 6 eod.

d) L. 3 §. 1 eod.: Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi. L. 3 §. 5—7 eod.

e) L. 19 eod.: Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. L. 3 §. 11 eod.: Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum, quamvis videatur interesse mea ob hoc quod teneor ad restituendum. Sed hoc non sufficit, alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret, poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit. Quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit Neratius, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret. L. 3 §. 14 eod. Der Erbe hat die Klage nicht als Erbe, sondern insofern sich in ihm selbst ihre Bedingungen finden. L. 12 §. ult. eod.

f) Auch gegen den fictus possessor, L. 9 pr. eod. Nicht gegen die Erben als solche, L. 12 §. ult. eod.

g) L. 3 §. 9. 11. 13 eod.

h) L. 5 §. 2—4 L. 9 §. 1 eod.

stattfindet, sind andere Klagen zu demselben Zweck gegeben. So die interdicta: de libero homine exhibendo[a]), gegen den, welcher einen freien Menschen widerrechtlich in seinem Gewahrsam zurückhält; de liberis exhibendis und de uxore exhibenda (§. 412. 432); de tabulis exhibendis[b]), gegen den Besitzer einer Testamentsurkunde, von welcher Beschaffenheit das Testament seyn möge, wenn nur der Kläger ein rechtliches Interesse an der Einsicht desselben wahrscheinlich machen, nöthigenfalls durch das iusiurandum calumniae beglaubigen kann. Zu diesen Klagen kommt noch eine allgemeine suppletorische in factum actio, deren Erfolg auf das rechtlich billige Ermessen des Richters gestellt ist[c]). Der Exhibitionspflicht ähnlich ist die Editionspflicht, die sich auf das gerichtliche Verfahren, theils auf das erste (editio actionis), theils auf das Beweisverfahren (editio instrumentorum) bezieht[d]).

5. Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen des Berechtigten.

§. 399.

Der Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem sich fremde Sachen befinden, kann unter den gehörigen Voraussetzungen ad exhibendum belangt werden. In gewissen Fällen finden indessen gegen ihn besondere (von den Erfordernissen der actio ad exhibendum unabhängige) Rechtsmittel Statt, mit denen der Zweck, seine Sachen zu erlangen, vollständiger und sicherer erreicht werden kann: 1) das interdictum de glande legenda[a]), mit welchem der Grundeigenthümer angehalten werden kann, übergefallene

---

a) Dig. XLIII. 29. Cod. VIII. 8.

b) Dig. XLIII. 5. Cod. VIII. 7.

c) L. 3 §. 14 D. ad exhib. (10, 4): Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit, hae rationes a te possidentur, desidero eas exhiberi. Ait Iulianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum; nam cum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est. Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur actionem mihi competere.

d) Dig. II. 13. Cod. II. 1: de edendo. (M. Mittermaier, über die Gründe zur Verpflichtung der Edition von Urkunden 1835. R.)

a) Dig. XLIII. 28.

Früchte jeden dritten Tag (einen Tag um den andern) gegen cautio damni infecti auflesen zu lassen[b]); 2) actio oder interdictum de thesauro, für den Eigenthümer von Sachen, die in einem fremden Grundstücke vergraben sind, auf Gestattung der Herausnahme derselben, gegen cautio damni infecti[c]); 3) interdictum de arboribus caedendis[d]), zum Schutz dessen, der die Behauung oder Wegnahme eines fremden zu nahe an seiner Gränze stehenden Baums fordern, und, wenn der Eigenthümer diesem Verlangen nicht nachkommt, jene Handlungen selbst vornehmen und das Holz als sein Eigenthum ansprechen kann, wenn er von dem Gegner daran verhindert wird[e]); 4) interdictum de migrando, welches dem abziehenden inquilinus, dem der Vermiether oder sonst die Wohnung Gestattende seine entweder nicht oder nicht mehr verpfändeten Sachen vorenthält, gegeben wird[f]).

---

b) C. un. pr. D. de glande leg. (43, 28): Ait praetor: Glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto. L. 9 §. 1 D. ad exhib. (10, 4). Controverse: ob der Ausdruck tertio quoque die Einen oder zwey Tage dazwischen frey läßt? s. u. a. Thibaut, civ. Abh. 1, Archiv für civ. Pr. I. 7. Guyet, das. XVII. 2, 4.

c) L. 15 D. ad exhib. (10, 4).

d) Dig. XLIII. 27.

e) L. 1 pr. D. de arbor. caed. (43, 27): Ait praetor: Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stet, quo minus eam adimas, tunc quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto. L. 1 §. 7—9 eod.: Deinde ait Praetor: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat quo minus pedes quindecim a terra eum altius coerceas, tunc quo minus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. Quod ait praetor, et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. §. 2 eod.: Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII tabularum de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. Controverse: ob da, wo das bloße Behauen verlangt werden kann, die Aeste über oder unter 15 Fuß gemeint sind? s. u. a. Dirksen, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. II. 16. Guyet, Archiv für civ. Pr. XVII. 2, 1. (Schlüter und Wallis, jur. Zeitung [1834] IX. 2. Vgl. Columella V c. 6. 7. R.)

f) Dig. XLIII. 32.

6. Klagen auf Gestattung von Reparaturen.

§. 400.

Wer seine Cloake, die durch ein fremdes Grundstück führt, ausbessern will, hat gegen den Eigenthümer auf Gestattung der dazu nöthigen Handlungen gegen Leistung der cautio damni infecti das interdictum de cloacis[a]). Ebenso hat, wer die zur Ausübung einer ihm zustehenden servitus itineris oder actus nöthige Ausbesserung vornehmen will, das interdictum de itinere actuque reficiendo. Der Kläger hat das Recht der Ausbesserung (das übrigens regelmäßig in dem Servitutrecht selbst liegt), und überdieß eine Ausübung der Servitut nec vi nec clam nec precario in diesem letzten Jahr zu beweisen, auch auf Verlangen de damno infecto zu caviren[b]).

7. Klage auf Wegnahme eines Leichnams.

§. 401.

In wessen Eigenthum oder Begräbnißstätte ein Todter unberechtigter Weise beerdigt worden ist, der hat gegen den Beerdiger eine in factum actio auf Wegnahme des Leichnams, welche indessen durch Ersatz des Werths der Stätte abgewendet werden kann[a]).

B. Aus Verträgen.

1. Bestärkungs- und Sicherungsverträge überhaupt.

§. 402.

Künftigen Verletzungen von Rechten, namentlich auch von Obligationen zu begegnen, sind mancherlei Mittel gegeben, namentlich haben Verträge mannigfacher Art diese Absicht (s. §. 79. 231. 253—255). Unter diesen sind durch gewisse gemeinschaftliche Eigenthümlichkeiten ausgezeichnet die Verträge, die den Zweck haben, die etwaige Zahlungsflüchtigkeit oder Insolvenz eines Schuldners durch Verpflichtung anderer Personen, die seine Verbindlichkeit übernehmen, unschädlich zu machen. Diese Geschäfte werden unter dem Namen der Intercessionen zusammengefaßt.

---

a) Dig. XLIII. 23. (Schmidt [von Ilmenau], die interdicta de cloacis. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV Num. 3 [1848]. R.)

b) L. 3 §. 11—16 L. 4. 5 D. de itinere (43, 19).

a) L. 2 §. 1 sqq. L. 7 D. de relig. (11, 7).

2. Von den Intercessionen.

§. 403.

Intercession ist die Uebernahme einer fremden Obligatio[a]). Sie setzt eine bestehende Obligatio voraus, in welche der Intercedent als Schuldner eintritt. Die Verbindlichkeit des Intercedenten als solchen geht daher nicht über die vorausgesetzte Obligatio hinaus[b]); es ist ferner keine Intercession der Antritt einer Erbschaft[c]), die Uebernahme einer Gefahr ohne Rücksicht auf eine bestehende Obligatio[d]), die Uebernahme einer Schuld, die wenigstens materiell keine fremde war[e]), die Zahlung einer fremden Schuld[f]), Verzicht auf ein Recht, wenn gleich mit Rücksicht auf

a) (Sintenis, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß X. 2 [1832]. Deurer, über den Begriff der Intercession: Archiv für civ. Pr. XXVII. 15 [1846]. Bachofen, ausgew. Lehren [1848] 1, vor Allen Windscheid, über das Princip des S. C. Velleianum, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 12. R.)

b) L. 8 §. 7. 8 D. de fideiuss. (46, 1): Illud commune est in omnibus qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest, enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. Si quis Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua esse iubes? non obligari fideiussorem, Iulianus ait, quia durior eius fit conditio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, denique pro eo qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior conditio.

c) L. 32 pr. D. ad S. C. Vellei. (16, 1).

d) L. 8 §. 1 eod.: Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus libro IX quaestionum non putat eam intercessisse, nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem. L. 19 §. 1. 2 eod., L. 6 C. eod. (4, 29).

e) L. 3 D. eod. (16, 1): Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur. L. 13 pr. 22. 24 pr. 27 §. 2 L. 32 pr. eod.

f) L. 5 D. L. 4 C. eod. (4, 29). L. 4 §. 1 D. eod. (16, 1): Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat senatusconsultum. Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit, senatus enim obligatae mulieri suc-

eine fremde Schuld[g]). Es giebt indessen einen Fall der Intercession ohne bestehende Obligatio, die s. g. tacita intercessio, wodurch jemand die Schuld, die ein Anderer außerdem zu contrahiren hätte, statt dessen auf sich nimmt[h]), ferner einen Fall ohne Obligirung des Intercedenten, die Pfandgebung für eine fremde Schuld, wodurch diese doch wenigstens dem Effect nach übernommen wird[i]). Der bisherige Schuldner kann durch die Intercession befreit werden (privative Intercession), aber auch noch Schuldner bleiben (cumulative Intercession). Privative Intercessionen sind die Expromission[k]), defensio[l]), Compromiß für einen Andern[m]), und jene tacita intercessio (Note h). Zu den cumulativen gehört die Pfandgebung; die Fälle, in welchen der Intercedent sich persönlich verpflichtet, also Nebenschuldner wird, werden unter dem Namen der Verbürgung zusammengefaßt. Die Obligatio aus der Verbürgung steht immer in dem Verhältniß einer accessorischen zu derjenigen, die dadurch gesichert werden soll, der Hauptschuld (§. 302 a. E.). Ob ein solcher Intercedent sich als Nebenschuldner wörtlich verpflichtet oder nicht, ist für den Begriff der Intercession gleichgültig, es kommt auf die Sache, nicht auf den Ausdruck an; daher ist es auch eine Verbürgung, wenn jemand, der nur pro rata haften würde, sich in solidum verpflichtet, er verbürgt sich dadurch für seinen Mitschuldner[n]).

---

currere voluit, non donanti. Hoc ideo quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

g) L. 8 pr. eod., L. 11. 21 C. eod.

h) L. 8 §. 14 L. 28 pr. D. L. 4. 19 C. eod. Dahin gehört auch die Aufnahme eines Darlehns für einen Andern, L. 2 §. 1. 4 eod.: — sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint. Vgl. L. 4 §. 1 eod. (Note f).

i) L. 8 pr. D. L. 5. 7 C. eod.

k) L. 8 §. 8. 9 D. eod.

l) L. 2 §. 4. 5 eod., L. 10 §. 1 D. de in rem verso (15, 3), L. 46 §. 2 L. 51—54 D. de procur. (3, 3).

m) L. 32 §. 2 D. de recept. (4, 8).

n) L. 17 §. 2 D. ad S. C. Vellei. (16, 1): Mulier et Titius cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniae rei facti sunt, non omni modo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat (Africanus), nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum comimtte-

Nur hat der bey der Verbürgung mit Bewußtseyn gebrauchte Ausdruck: Verpflichtung als Hauptschuldner, die Wirkung, daß darin ein Verzicht auf das beneficium excussionis (§. 405) liegt, und daß ein solcher Intercedent in Beziehung auf die Befreiung des Schuldners ohne unmittelbare Aufhebung der Obligatio selbst (§. 286 a. E.) wie ein gewöhnlicher Correalschuldner (§. 235 Note l), nicht wie ein Bürge (§. 405) zu behandeln ist.

Formen der Verbürgung[a]).

§. 404.

Nach R. R. giebt es drey Formen der Verbürgung. Sie kann geschehen 1) durch Stipulation, fideiussio[b]), 2) durch ein bloßes Pactum, wodurch der Bürge die fremde Schuld zu zahlen verspricht (constitutum debiti alieni vergl. §. 255), 3) durch Mandat, Auftrag, Gläubiger eines Andern zu werden[c]) (s. g. mandatum qualificatum). Diese Verbürgung durch Mandat bildet auch nach heutigem Recht noch eine besondere Art, die nach den Grundsätzen dieses Contracts zu beurtheilen ist[d]). Zwischen fideiussio und constitutum dagegen läßt sich nach heutigem Recht

---

retur, potius esse ut senatusconsulto locus non sit. At si in aliquam emtionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri, et ideo creditorem partem duntaxat pecuniae a muliere petere posse; quodsi totum petierit, exceptione pro parte submovetur.

a) Inst. III. 20: de fideiussoribus. Dig. XLVI. 1. Cod. VIII. 41: de fideiussoribus et mandatoribus. Dig. XIII. 5. Cod. IV. 18: de pecunia constituta. (Zimmern, über Intercession durch Mandat und Constitutum, römisch-rechtliche Untersuchungen [1820] 10. Eine historische, dogmengeschichtliche und dogmatische Bearbeitung der ganzen Lehre enthält W. Girtanner, die Bürgschaft nach gem. Civilrechte. 1852. R.)

b) L. 1 §. 7. 8 D. de O. et A. (44, 7). Nach der L. 27 C. de fidej. soll eine fideiussio sine scriptis facta nach zwey Monaten erlöschen, was heutzutage keine Anwendung findet.

c) L. 6 §. 4 D. mand. (17, 1). Wirklicher Auftrag, nicht bloße Empfehlung, L. 12 §. 12 eod., L. 2 D. de proxenet. (50, 14).

d) L. 12 §. 14 D. mand. (17, 1): Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum, rectissime Papinianus ait. Plane si ut exspectares nec urgeres debitorem ad solutionem mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere. L. 13 pr. D. de minor. (§. 405 Note g).

kein Unterschied in der Eingehung (da die Stipulation weggefallen ist) und mithin auch keiner in den Erfordernissen und Wirkungen mehr machen; beide sind unter dem gemeinschaftlichen Namen der Bürgschaft dem Mandat gegenüber zu stellen. Beide setzen eine bestehende Obligatio voraus, die sie bestehen lassen, daher in der Stipulation und dem Pactum der Bürge nicht pure verpflichtet werden kann, wenn es der Hauptschuldner nur sub conditione ist[e]), und nicht zu mehr als der Hauptschuldner[f]), und daß die fideiussio wegen eines solchen Fehlers ungültig ist, während er bey dem constitutum stillschweigend verbessert wird. In dieser Hinsicht muß die heutige Bürgschaft, die überall durch Pactum geschieht, dem constitutum gleich behandelt werden, und eben so in Beziehung auf den Unterschied, daß das Constitutum (nicht die Fidejussio) auf Zahlung in andern Sachen, als worin der Hauptschuldner zu zahlen verpflichtet ist, geschlossen werden kann[g]).

Das römische Recht beschränkt, wie in Beziehung auf manche sonstige obligatorische Verhältnisse, so auch auf die Verbürgungen, die sie betreffen, Geistliche[h]) und Soldaten[i]); wichtiger ist die Beschränkung der Frauenspersonen, die sich auf alle Arten von Intercessionen bezieht (§. 407—410).

Forderung an den Bürgen.

§. 405.

Der Bürge ist verpflichtet, die übernommene Obligatio zu erfüllen, so lange sie besteht[a]), aber auch nur die übernommene

e) L. 8 §. 7. 8 D. de fideiuss. (§. 403 Note b), L. 19 pr. D. de pec. const. (13, 5).

f) L. 11 §. 1 L. 13 eod. §. 403 Note b.

g) §. 403 Note b. L. 1 §. 5 L. 25 pr. D. de pec. const. (13, 5).

h) Nov. 123 c. 6.

i) L. 31 C. de locat. (4, 65), vgl. L. 8 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8).

a) L. 4 §. 1 D. de fideiuss. (46, 1): Fideiussor et ipse obligatur et heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat. L. 56 §. 2 eod.: Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Quid ergo, si consumtis nummis nascatur condictio? Puto fideiussorem obligatum fore, in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. L. 58 §. 1 eod., L. 91 §. 4 D. de V. O. (45, 1): — — accessionibus quoque suis i. e. fideiussoribus perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt. L. 88 eod.

Obligatio[b]); ob dahin auch die Accessionen, welche nicht in obligatione sind, sondern erst officio iudicis hinzukommen (z. B. Verzugszinsen), gehören, ist quaestio facti und muß aus dem Inhalt des Bürgschaftsvertrags entschieden werden[c]). Jede Befreiung des Hauptschuldners kommt auch dem Bürgen zu Statten (§. 302 a. E.), mag sie ipso iure oder ope exceptionis geschehen[d]), nur muß die Befreiung nicht bloß die Klage gegen den Hauptschuldner betreffen, so daß dieser naturaliter obligirt bleibt[e]); ferner hängt

---

b) L. 68 pr. D. de fideiuss. (46, 1): Fideiussores magistratuum in poenam vel multam quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit.

c) L. 68 §. 1 eod.: Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant. Bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat, et conveniebat fideiussores tam in sortem quam in usuras, qui deprecabantur. Lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit fideiussores in usuras non teneri —. L. 8. 10 D. de eo quod certo loco (13, 4): — videamus ne ea pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione — —. Diesen Stellen gegenüber sind zu vergleichen L. 54 pr. D. loc. (19, 2): Quaero an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur, nec prosint ei constitutiones quibus cavetur, eos qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras. usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis adplicentur, tamen cum fideiussor in omnem causam se adplicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes? vel ita: indemnem me praestabis? L. 2 §. 12 D. de adm. rer. ad civ. (50, 8). Nicht hieher gehört L. 24 §. 1 D. de usur. (22, 1): Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur.

d) L. 19 D. de except. (44, 1): Omnes exceptiones quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. L. 15 pr. D. de fideiuss. (46, 1), L. ult. D. de pact. (2, 14).

e) L. 60 D. de fideiuss. (46, 1): Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit, cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum. L. 7 pr. D. de except. (44, 1). Wegen der exc. S. C. Macedoniani s. §. 306. Streitig ist, ob der Bürge die Einrede der Klagverjährung aus der Person des Schuldners habe. Die Anhänger der Meinung,

bey der Befreiung durch Erlaß der Anspruch des Bürgen darauf davon ab, daß die Befreiung des Hauptschuldners von der seinigen sich nicht trennen läßt[f]). Ob die Restitution des minderjährigen Schuldners den Bürgen befreit, hängt von dem Umfang der ertheilten Restitution, und dieser davon ab, ob ein gerechter Grund für die Befreiung auch des Bürgen spricht[g]). Einreden aus eigenem Recht (theils dilatorische, theils peremtorische) können dem Bürgen die drey s. g. beneficia fideiussorum verschaffen: 1) excussionis s. ordinis, der vorherigen Ausklagung des Schuldners[h]); diese Einrede steht nach justinianischem Recht dem Bürgen ohne besondere Verabredung zu[i]), und sie giebt jeder Bürgschaft,

daß die Verjährung die Obligatio ganz zerstöre, müssen die Frage bejahen, dasselbe thun aber Viele, die eine Fortdauer der naturalis obligatio annehmen, ohne genügenden Grund.

f) Ein ausdrücklich auf die Person des Schuldners gestelltes pactum de non petendo kommt dem Bürgen nicht zu Statten, L. 22 D. de pact. (2, 14). Aber auch ein pactum in rem nicht, wenn der zahlende Bürge keinen Regreß gegen den Schuldner hat, L. 32 eod., L. 27 §. 2 eod. (§. 286 Note d). Umgekehrt kommt, wenn der Bürge fideiussor in rem suam (materiell also eigentlich Hauptschuldner) ist, sein pactum dem Schuldner zu Gute, L. 24 cf. 23 eod.

g) Es sind zwey Fragen zu trennen: 1) hat der Bürge aus der Person des Schuldners das Restitutionsgesuch? s. §. 105 a. E., 2) kommt ihm die dem Schuldner ertheilte Restitution zu Statten? Der Schuldner wird jedenfalls auch gegen den Bürgen und dessen etwanigen Regreß gegen ihn restituirt, L. 13 pr. D. de minor. (4, 4), vgl. indessen L. 1 C. de fideiuss. min. (2, 24). Die Möglichkeit, daß dem Bürgen geholfen werde, wird ausgesprochen in L. 51 D. de procur. (3, 3), L. 3 §. 4 D. de minor., die Möglichkeit, daß die Haftung des Bürgen bleibt, in L. 1. 2 C. de fideiuss. min., L. 95 §. 3 D. de solut. (§. 300 Note c). Vgl. L. 13 pr. D. de minor.: In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori, nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire, hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur —.

h) Der Afterbürge, fideiussor succedaneus, der sich für den Bürgen verbürgt, hat diese Einrede auf vorherige Ausklagung des ersten Bürgen.

i) Nov. 4 c. 1. Auch in dieser Anwendung derselben besteht die §. 215 Note i erwähnte Controverse.

wenn nicht darauf verzichtet worden ist, den Charakter der subsidiären[k]); 2) divisionis, bey mehreren Mitbürgen[l]); 3) cedendarum actionum, auf Cession der Klagen des Gläubigers gegen den Schuldner und die Mitbürgen[m]); der Mandator kann sie noch nach der Zahlung verlangen[n]), andere Bürgen müssen sich vor der Zahlung für die Ausübung des Beneficiums erklären[o]). Die exceptio ced. act. kann eine peremtorische seyn, wenn der Gläubiger durch seine Schuld die Klagen verloren hat[p]). Der Mandator hat vermöge der Grundsätze des Mandats überdieß eine Einrede, wenn der Gläubiger seine Nichtbefriedigung durch den Schuldner selbst verschuldet hat, ein anderer Bürge hat diese Exceptio nur, wenn er als fideiussor indemnitatis intercedirte[q]), außerdem nicht[r]). Dagegen hat die Praxis dem Bürgen, wenn er durch Zögerung des Gläubigers den Verlust der Ausübung jener Beneficia zu befürchten hat, das Recht gegeben[s]), denselben zur Anstellung seiner Klage zu provociren[t]).

---

k) Der Zweifel, ob das Beneficium auch dem Constituenten zukomme, ist nur durch die unrichtige Uebertragung der Nov. 4 c. 1 in der Vulgata (welche ἀντιφωνητής mit sponsor wiedergiebt) entstanden.

l) S. §. 235.

m) L. 17. 36. 39 D. de fideiuss. (46, 1).

n) L. 28 D. mand. (17, 1).

o) L. 76 D. de solut. (§. 281 Note e).

p) L. 95 §. 11 eod.: Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere. In dieser Weise kann auch die Verjährung der Hauptklage (Note e) dem Bürgen Schutz gewähren. (Die Beschränkung auf den Mandator [Girtanner S. 468 f. 543 f.] ist wenigstens für das heutige Recht zu verwerfen, da jetzt jede Bürgschaft ex fide bona zu beurtheilen ist. R.)

q) L. 41 pr. D. de fideiuss. (46, 1).

r) L. 62 eod. (Die Ausdehnung auf alle Bürgen hinsichtlich der exceptio excussionis [Girtanner a. a. O.] beruht auf einer unrichtigen Erklärung der Nov. 4 c. 1. Im heutigen Recht ist jedoch allerdings auch die culpose Vereitelung der Vorausklagungswohlthat ein Grund den Gläubiger zurückzuweisen. Arndts, Lehrb. §. 357 Anm. 2. R.)

s) Mit Hülfe falscher Interpretation der L. 28 (Si contendat) eod.

t) Vgl. Martin, Magazin für den bürgerl. Proceß I. 7 (1829).

Regreß des Bürgen an den Hauptschuldner.

§. 406.

Ein Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner, und namentlich ein Regreß gegen diesen, ist keineswegs schon durch die Thatsache der Intercession selbst begründet; er setzt also entweder die Cession der Klage des Gläubigers (§. 405), oder ein besonderes obligatorisches Verhältniß zwischen ihnen voraus, welches das des Mandats [a]), oder das der Negotiorum Gestio [b]) seyn kann, woraus dem Bürgen die mandati oder negotiorum gestorum actio contraria zusteht. Die Mandatsklage hat der Bürge nach der Zahlung, auch wenn er ohne Proceß gezahlt hat, wiewohl der Schuldner eine Einrede hatte, von der er jenen nicht in Kenntniß gesetzt hat [c]), er hat sie vor der Zahlung, wenn der Schuldner die Befriedigung des Gläubigers verzögert und sein Vermögen zu verschwenden beginnt [d]), er kann sie endlich auch ohne Zahlung haben, wenn der Gläubiger ihm die Schuld erlassen hat mit der Absicht, daß er den Vortheil davon habe [e]). Dem Bürgen kann für seinen Regreß wieder ein Bürge (Rückbürge) gegeben seyn [f]).

Intercession der Frauenspersonen [a]).

§. 407.

Das senatusconsultum Velleianum erklärt die Intercessionen der Frauen für unwirksam [b]). Gegen die Klage, die aus dem Intercessionsgeschäft angestellt wird, schützt die exceptio S. C. Velleiani, welche die Obligatio gänzlich aufhebt, und daher auch den (After-) Bürgen der Intercedentin zu Statten kommt [c]), und ihr, wenn sie aus Irrthum gezahlt hat, die condictio indebiti giebt [d]); ist durch das Intercessionsgeschäft eine Sache der Intercedentin schon ent-

a) L. 6 §. 2 L. 18 D. mandati (17, 1).

b) L. 43 D. de negot. gest. (3, 5).

c) L. 10 §. 11. 12 L. 29 D. mand. (17, 1).

d) L. 38 §. 1 eod., cap. ult. X. de fidei. (3, 22).

e) L. 10 §. 13 L. 11. 12 pr. §. 1 D. mand.

f) L. 4 pr. D. de fideiuss. (46, 1).

a) Dig. XVI. 1. Cod. IV. 29: ad S. C. Velleianum, vgl. §. 403 a.

b) L. 2 §. 1 D. h. t.

c) L. 8 §. 4 L. 16 §. 1 D. L. 14. 15 C. eod.

d) L. 40 pr. D. de cond. ind. (12, 6), L. 9 C. h. t. (4, 29), L. 8 §. 3 D. eod. (16, 1), vgl. L. 8 §. 10 eod.

gangen, so kann sie ihre Vindication gegen den Empfänger und seine Successoren, wenn sie sich auf die Uebertragung berufen, durch die replicatio S. C. wirksam machen[e]). Auch wer im Auftrag der Frau intercedirt, hat die exceptio[f]). Dem Gläubiger werden die Klagen restituirt, die er durch die ungültige Intercession verloren hat[g]), bey der tacita intercessio wird ihm die Klage gegeben, die er ohne die Intervention der Frau erhalten hätte[h]).

Die Anwendung des S. C. setzt eine Intercession voraus, für wen und in welcher Gestalt (§. 403) sie geschehen seyn möge; es ist nicht die Form, sondern die materielle Seite der Intercessionsgeschäfte, wodurch sie dem Gesetz anheimfallen. Daher fällt die Exceptio weg, wenn die Intercedentin Erbin des Schuldners geworden ist; da sie nunmehr aus dessen Person haftet, so giebt ihr die Intercession keine Befreiung mehr[i]). Soweit ferner der Intercedentin durch ihre Uebernahme der fremden Schuld ein Vortheil zugegangen ist, überhaupt soweit ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und deren Erfüllung nicht vermindert wird, ist das Geschäft materiell nicht als Intercession zu behandeln[k]). Aber auch bey wirklichen Intercessionen ist in einigen Fällen eine Ausnahme von dem S. C. gemacht worden.

§. 408.

Das S. C. Velleianum tritt außer Wirkung: 1) wenn die Intercedentin, damit sie intercedire, etwas empfangen hat, also durch diesen Lohn zur Intercession vermocht worden ist[l]); 2) wenn sie sich bey der Intercession eines Betrugs gegen den Gläubiger schuldig gemacht hat[m]); 3) wenn die Intercession für die Bestellung einer Dos geschah[n]); 4) wenn der Gläubiger minderjährig und der Schuldner insolvent ist[o]); 5) wenn der Gläubiger nicht wußte, daß die Frauensperson intercedire, d. h. wenn er eine selbst-

e) L. 32 §. 1. 2 eod., L. 39 §. 1 L. 40 D. de R. V. (6, 1).
f) L. 8 §. 4—6 L. 32 §. 3 D. h. t. (16, 1).
g) L. 8 §. 2. 7—13. 15 L. 9. 10. 14 eod.
h) L. 8 §. 14 eod.
i) L. 8 §. 13 eod., L. 95 §. 2 D. de solut. (46, 3).
k) L. 16 pr. 17 §. 2 (§. 403 Note n) L. 21 pr. 22 D. h. t.
l) L. 23 pr. §. 1 C. h. t. (4, 29).
m) L. 2 §. 3 L. 17 §. 1 D. eod. (16, 1), L. 5. 18 C. eod.
n) L. 12. 25 C. eod.
o) L. 12 D. de minor. (4, 4).

ständige Obligatio mit ihr einzugehen glaubte[p]); 6) wenn sie dieselbe Intercession nach Ablauf von zwey Jahren wiederholt hat[q]); 7) wenn sie der Rechtswohlthat des Senatusconsults entsagt hat. Das römische Recht spricht die Möglichkeit eines wirksamen Verzichts in zwey Fällen aus: bey der Mutter und Großmutter, welche die Vormundschaft über Kind oder Enkel übernehmen[r]), und bey einer Frauensperson, welche statt dessen, für den sie intercedirt hat, den Proceß als Beklagte übernehmen will, und deshalb (bey dieser zweiten Intercession) sich verpflichten muß, von dem S. C. keinen Gebrauch zu machen[s]). Die für diese beiden Fälle angeführten Stellen geben keine hinreichende Veranlassung, die Möglichkeit des Verzichts darauf zu beschränken, und eben so wenig kann zu dieser Beschränkung der Einwand bewegen, daß durch die Möglichkeit des Verzichts das S. C. seine Wirkung völlig verlieren würde, da eine Frau eben so leichtsinnig verzichten als überhaupt intercediren werde, indem dieser Einwand nicht gegen die Wirksamkeit jedes Verzichtes, sondern eben nur gegen die eines leichtsinnigen und übereilten gerichtet ist. So rechtfertigt sich die zwar nicht unbestrittene, aber stets in der Praxis des justinianischen Rechts (sowohl im Orient als im Occident von den Glossatoren an bis auf die Gegenwart) herrschende Ansicht, daß die Frauen auf ihr Beneficium auch außer jenen beiden Fällen wirksam verzichten können[t]). Nach der richtigen Meinung setzt jedoch der Verzicht voraus, daß sie über die Natur des Beneficiums und die Folgen des Verzichts von einem Rechtskundigen gehörig belehrt und dadurch in den Stand gesetzt worden sind, das Geschäft mit Ueberlegung abzuschließen. Eine eidliche Entsagung ist auch ohne vorhergegangene Belehrung wirksam, nur muß der Eid gültig seyn, wozu insonderheit gehört, daß die

---

p) L. 4 pr. 6. 11. 12. 27 pr. 29 §. 1 D. h. t. (16, 1).

q) L. 22 C. h. t. (4, 29), Nov. 61 c. 1 §. 1 in f.

r) L. 3 C. quando mul. tut. (5, 35), Nov. 118 c. 5.

s) L. 32 §. 4 D. h. t. (16, 1). (Vgl. Sintenis, Jahrb. von Sell II S. 352 ff.) Dagegen enthält L. 30 pr. eod. keineswegs den Satz, daß das S. C. schon deswegen cessire, weil die Intercedentin bey der Intercession die Vorschrift des S. C. gekannt habe, daß darin also schon ein stillschweigender Verzicht liege, sondern sie setzt dabey ein betrügliches Verfahren voraus.

t) Vgl. über diese Streitfrage Glück, Comment. XV §. 925. Cropp (u. Heise), Abhandl. I. 10.

Frau wisse, was sie eidlich gelobt[u]). — Die Praxis hat 8) das S. C. außer Wirkung gesetzt, wenn eine Frauensperson, die ein öffentliches Gewerbe treibt, in einem mit diesem ihrem Geschäft in Verbindung stehenden Fall intercedirt[v]).

§. 409.

Justinian hat zu diesem Recht des S. C. Velleianum einen wichtigen Zusatz gemacht, durch die Vorschrift einer Form für die Intercessionen der Frauen. Sie sollen in einer öffentlich abgefaßten und von drey Zeugen unterschriebenen Urkunde (nach heutigem Gebrauch in einem instrumentum publicum vel quasi publicum) geschehen[w]). Die Beobachtung dieser Form enthebt die Intercession nicht dem Recht des Senatusconsults, es kommt nun erst darauf an, ob eine der Ausnahmen (§. 408) eintrete, damit die Intercession gültig sey. Ist dagegen die Form nicht beobachtet, so ist die Intercession schon dieses Mangels wegen nichtig, ohne daß das S. C. mit seinen Ausnahmen zur Wirkung käme. Nur in folgenden Fällen ist der Mangel der Form kein Hinderniß: 1) wenn die Intercedentin einen Lohn für die Intercession erhalten hat (§. 408, 1)[x]); 2) nach der Praxis, wenn die Intercession in die Sphäre eines von ihr betriebenen öffentlichen Gewerbs fällt (§. 408, 8). Eine Entsagung kann der Natur der Sache nach die Anwendung dieser gesetzlichen Formvorschrift nicht beseitigen, doch ist der gerichtliche Verzicht der weiblichen Vormünderinnen auf das Senatusconsult (§. 408, 7) der Intention des Gesetzes nach auch als Befreiung von jener Vorschrift zu verstehen.

§. 410.

Endlich hat Justinian einen Fall der Intercession besonders ausgezeichnet, und in vollkommnerem Maße unwirksam gemacht, als das Senatusconsult gethan hatte. Jede Intercession einer Frau für ihren Ehemann ist nichtig (Authentica Si qua mulier), ohne daß

---

u) (Eben so hat die schriftliche Eidesleistung stets Widerspruch gefunden, weil sie den ganzen Rechtsschutz der Frauenspersonen auf eine wenig bedeutende Förmlichkeit reduciren würde: Blume, Zeitschr. für geschichtl. R. W. XIV S. 31—34. R.)

v) Vgl. u. a. Thöl, Handelsrecht §. 50.

w) L. 23 §. 2 C. h. t. (4, 29).

x) L. 23 pr. §. 1 C. eod.

die Ausnahmen des S. C. (§. 408) darauf anwendbar sind[y]), abgesehen von dem Verzicht (§. 408, 7), dessen Zuläßigkeit die Praxis auch auf die Authentica erstreckt hat, nur daß hier gewöhnlich ein eidlicher für nothwendig erachtet wird. Wenn die Frau sich als Mitschuldnerin verpflichtet hat, so hat der Gläubiger zu beweisen, daß sie es, soweit er sie in Anspruch nimmt, auch wirklich geworden, der Gegenstand also, durch den die Schuld contrahirt wurde, in ihr Vermögen gekommen sey (Note y).

---

y) Nov. 134 c. 8: Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam·faciat, iubemus nullatenus huiusmodi valere et tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt. Daraus die Auth. Si qua mulier C. ad S. C. Vellei. (4, 29). Vgl Girtanner a. a. O. (§. 404) S. 358 f. Busch, Archiv für civ. Pr. XXX. 1 S. 25 f. [1848]. R.)

Siebentes Buch.

Die Rechte an Personen.

Erstes Kapitel.

Das eheliche Recht.

I. Von der Ehe überhaupt[a]).

§. 411.

Die Ehe als eine vollkommene Lebensvereinigung der Geschlechter[b]) ist an sich kein juristisches Verhältniß, sie ist es aber wegen ihrer umfassenden, alle Lebensverhältnisse berührenden Bedeutung geworden. Indem nun das Recht den Einfluß der Ehe auf die rechtlichen Verhältnisse bestimmt, die rechtlichen Wirkungen der Ehe festsetzt, und dadurch ihr selbst einen juristischen Charakter giebt, muß auch die Frage, wann eine Ehe vorhanden ist, also jene Wirkungen eintreten, eine juristische werden, es entstehen Rechtssätze auch über die Entstehung und Endigung der Ehe,

---

a) Dig. XXIII. 1: de sponsalibus. Cod. V. 1: de sponsalibus et arrhis sponsaliciis et proxeneticis. 2: si rector provinciae vel ad eum pertinentes sponsalicia dederunt. — Inst. I. 10. Cod. V. 4: de nuptiis. Dig. XXIII. 2: de ritu nuptiarum. Cod. V. 5: de incestis et inutilibus nuptiis. 6: de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum. 7: si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictioni suae adspirare tentaverit nuptias. 8: si nuptiae ex rescripto petantur. Cod. IX. 13: de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. — Dig. XXIV. 2: de divortiis et repudiis. Cod. V. 17: de repudiis et iudicio de moribus sublato. — Dig. XXV. 7. Cod. V. 26: de concubinis.

b) L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2): Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. §. 1 I. de patr. pot. (1, 9): Nuptiae autem vel matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudinem continens.

obwohl kein Recht bey der Beantwortung jener Frage von der Leitung der sittlichen und religiösen Principien sich losreißen darf, durch welche ihm der Begriff und das Wesen der Ehe gegeben wird.

Auch das römische Recht enthält Rechtssätze über die Entstehung und Endigung der Ehe[c]). Aber die Theorie desselben über diesen Punkt ist durch das canonische Recht und die Praxis sehr modificirt, ja in ihren Grundlagen verändert worden. Das heutige Recht darüber enthält noch viele Bestimmungen, die sich auf römische Rechtssätze zurückführen lassen, aber diese bilden nicht das Fundament seiner Theorie, deshalb ist die Lehre von der Entstehung und Aufhebung der Ehe für das heutige Recht keine civilistische.

II. Eheliches Recht.

§. 412.

Die Ehe als Rechtsverhältniß ist ein Recht jedes Gatten an der Person des andern. Den Inhalt dieses Rechts bildet die eheliche Gemeinschaft, soweit ihre Pflichten als rechtliche aufgefaßt werden können. Rechtliche Folgen der ehelichen Gemeinschaft sind: Gleichheit des Standes und des Domicils der Gatten[a]), Unzuläßigkeit einer actio poenalis oder famosa unter ihnen[b]), Competenz (§. 245), Unzuläßigkeit der Annahme eines Bürgen für den Mann wegen der Dos während der Ehe[c]), Befreiung der Gatten

---

c) Die Grundprincipien des R. R. über diesen Punkt ergeben sich aus L. 30 D. de R. I. (50, 17). Nuptias non concubitus, sed consensus facit. L. 66 pr. D. de don. inter vir. (24, 1): Seia Sempronio cum certo die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos; quaero, an ea donatio rata sit? Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi, itaque nisi ante matrimonium contractum quod consensu intelligitur, donatio facta esset, non valere. L. 11 pr. D. de divort. (24, 2): Quod ait lex, divortii faciendi potestas libertae quae nupta est patrono, ne esto, non infectum videtur effecisse divortium quod iure civili dissolvere solet matrimonium, quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum —.

a) L. 13 C. de dignit. (12, 1).

b) L. 2 C. rer. amot. (5, 21).

c) Cod. V. 20: ne fideiussores dotium dentur. Vgl. cap. 7 X. de don. inter vir. (4, 20) und Glück, Comment. XXVII S. 231 f.

vom Zeugniß gegen einander[d]), auch das Verbot der Schenkungen (§. 425) ist hieher zu rechnen. Dem ehelichen Rechte des Mannes kommt ein Uebergewicht zu; die Frau ist ihm zur reverentia verpflichtet[e]), sie steht in einem Abhängigkeitsverhältniß, dem zu Folge ihr Domicil nach dem des Mannes sich bestimmt[f]), der Mann in ihrer Person eine mittelbare Injurie erleidet[g]), sie als präsumtiver Procurator in Processen vertritt[h]), für ihren Unterhalt zu sorgen hat[i]). Der Mann hat gegen jeden, der die Frau zurückhält, auch gegen ihre Eltern, das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda[k]).

III. Einfluß der Ehe auf das Vermögen[a]).

§. 413.

Da die Ehe eine Gemeinschaft aller Lebensbedürfnisse ist, so werden Eheleute, welche die rechte eheliche Gesinnung haben, auch ihr Vermögen als gemein betrachten. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß das Recht, um dem Wesen der Ehe zu entsprechen, dieser sittlichen Anforderung den Charakter einer rechtlichen Nothwendigkeit geben müsse. Das römische Recht geht von dem Satz aus, daß die Ehe an und für sich in dem Vermögenszustand der Ehegatten nichts ändere (Dotalsystem im Gegensatz zu dem System der Gütergemeinschaft), aber es hat diese Getrenntheit des beiderseitigen Vermögens nicht bis zu solchen Consequenzen verfolgt, durch die sie das Wesen der Ehe beeinträchtigen würde[b]). Von diesem

d) Vgl. L. 10 pr. D. de gradib. (38, 10).

e) L. 14 in f. D. sol. matr. (24, 3). Einen Zwang zu häuslichen Diensten hat man vergeblich aus L. 48 pr. D. de operis lib. (38, 1) ableiten wollen.

f) L. 13 C. de dignit. (12, 1).

g) L. 2 D. de iniur. (47, 10).

h) L. 21 C. de procur. (2, 13).

i) Vgl. L. 22 §. 8 D. sol. matr. (24, 3), L. 21 §. 1 D. de don. inter vir. (§. 414 Note b).

k) L. 2 D. de lib. exhib. (43, 30), L. 11 C. de nupt. (5, 4). Daß hier von einer Zurückhaltung wider den Willen der Frau die Rede ist, hängt mit dem römischen Scheidungsrecht zusammen.

a) Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach R. R. 1824 (unvollendet).

b) Dahin gehört das besondere Recht der Schenkungen und Entwendungen §. 425. 426. Vgl. L. 1 D. rer. amot. (25, 2): Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non

Gesichtspunkt aus erklärt sich auch die s. g. praesumtio Muciana: daß obwohl der Frau ihr Erwerb während der Ehe eben so ausschließlich gehört, wie das was sie bey Eingehung der Ehe hatte, doch ein solcher Erwerb als Schenkung von dem Manne zu behandeln ist, wenn sie die Quelle desselben nicht angeben kann[c]).

Die Vermögensverhältnisse, die unter dem Einfluß der Ehe stehen, sind von doppelter Art. Zum Theil setzen sie einen constitutiven Act voraus, so daß sie nicht unmittelbare Wirkungen der Ehe sind, obwohl ihre Verbindung mit der Ehe ihnen einen eigenthümlichen rechtlichen Charakter giebt (§. 414—424), zum Theil sind es solche, die ipso iure der Ehe folgen (§. 425 ff.).

A. Constituirte eheliche Vermögensverhältnisse.

1. Dos[a]).

a. Begriff.

§. 414.

Dos, Heirathsgut, Brautschatz ist, was von der Frau oder für sie als Beitrag zu den Lasten der Ehe in das Vermögen des Mannes gebracht wird. Sie setzt zu ihrer Existenz eine Vermehrung des Vermögens des Mannes, als des Fonds für die onera matrimonii[b]), und das Bestehen einer Ehe vor-

placuit cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.

c) L. 51 D. de don. inter vir. (24, 1): Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

a) Dig. XXIII. 3. Cod. V. 12: de iure dotium.

b) L. 21 §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1): Si uxor viro dotem promiserit et dotis usuras, sine dubio dicendum est peti usuras posse, quia non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii petantur. Quid tamen si maritus uxori petitionem earum remiserit? eadem erit quaestio, an donatio sit illicita? Et Iulianus hoc diceret, quod verum est. Plane si convenerat, ut se mulier pasceret suosque homines, idcirco passus est eam dote sua frui, ut se suosque aleret, expeditum erit. puto enim non posse ab ea peti quasi donatum quod compensatum est. L. 76 D. h. t. (23, 3):

aus[c]). Die Aussteuer oder Ausstattung, d. h. das, was der Frau zu ihrer und des Hauses erster Einrichtung mitgegeben wird, hat die Intention eines Beitrags zu den onera matrimonii, und ist daher als Dos oder Theil der Dos zu behandeln[d]). Die Bestellung einer Dos enthält eine Uebertragung von Rechten[e]), aber nur eine Singularsuccession, auch wenn ein ganzes Vermögen ihr Gegenstand wäre[f]).

b. Bestellung der Dos.

§. 415.

Die Dos ist bestellt, sowie das Vermögen des Mannes zu diesem Zweck vermehrt ist. Dieß kann dadurch geschehen, daß das, was Dotalgegenstand seyn soll (Sache oder Recht), sofort in das Vermögen des Mannes gebracht wird (Eigenthumsübertragung, Servitutbestellung, Cession einer Forderung u. s. f.); hier wird die Bestellung datio dotis genannt[a]). Aber auch dadurch schon, daß der Mann eine wirksame Klage auf den Dotalgegenstand erhält,

---

Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio, nam et si in tempus quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur. Sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per condictionem, atque si stipulanti quivis alius promisisset, aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est. Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est. L. 7 §. 3 L. 20 eod., L. 21 §. 4 D. ad munic. (50, 1).

c) L. 3 D. h. t. (23, 3): Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. L. 7 §. 3 L. 8. 21 eod.

d) Die Gegenstände machen keinen Unterschied, vgl. L. 10 pr. eod: — si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur —. Eben so wenig ist zu unterscheiden, ob neben der Aussteuer noch eine sonstige Dos besteht oder nicht, wie z. B. Mittermaier, D. Privatr. §. 392 will. Die Germanisten haben sich bey dieser Frage zuweilen verleiten lassen, partikuläre Gewohnheiten für gemeines deutsches Recht zu halten. Die richtige, aus dem Begriff der Dos folgende Ansicht ist auch die herrschende, s. u. a. die bey Glück, Comment. XXIV S. 434 Note 8 Cit.

e) L. 47 §. 6 D. de pecul. (15, 1), L. 23 C. h. t. (5, 12).

f) L. 72 pr. D. h. t. (23, 3), L. 13 §. 10 D. de H. P. (5, 3).

a) S. z. B. L. 1 C. de iure dot. (5, 12), L. 7 §. 3 L. 41 §. 2 L. 43. 78 D. eod. (23, 3).

ist die Dos bestellt; daher ist die promissio dotis an den Mann[b]) Bestellung der Dos, nicht erst Verpflichtung zur Bestellung[c]), und die auf dieses Versprechen folgende Realisirung desselben, numeratio dotis, hat daher nicht den Charakter einer Dosbestellung, sondern hat diese vielmehr zu ihrer Voraussetzung[d]). Auch das Versprechen einer Dos ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes ist gültig[e]),

---

b) Cod. V. 11: de dotis promissione et nuda pollicitatione. Ein bloßes Pactum, ja eine bloße Pollicitation reicht hin, die Forderung zu begründen, L. 6 C. eod. — Eine besondere Form der Bestellung im alten Recht, die dictio dotis, war schon zu Justinian's Zeit eine Antiquität.

c) L. 41 D. sol. matr. (24, 3): Si pater ignorans filiam divortisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione petetur. L. 44 §. 1 eod.: Lucius Titius filiae suae nomine centum doti promisit Gaio Seio, et inter Gaium Seium et Lucium Titium patrem mulieris convenit, ne dos a viro vivo Lucio Titio i. e. patre mulieris peteretur, postea culpa mariti divortio facto solutum est matrimonium, et pater mulieris decedens alios heredes instituit filia exheredata, quaero an ab heredibus soceri maritus exigere dotem potest, cum eam mulieri redditurus est? Respondi: Cum filia aliis a patre heredibus institutis actionem de dote sua recuperanda habere coeperit, necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare. nec ullam exceptionem habebunt soceri heredes adversus eum, cum absurde dicitur, dolo videri eum facere, qui non ipsi, quem convenit, sed alii restituturus petit, alioquin et si post mortem patris divortisset nondum exacta dote, excluderetur exactione dotis maritus, quod non est admittendum. Sed etsi ex parte filia heres patri suo exstiterit, debebit maritus coheredes eius pro parte virili exigere et mulieri reddere aut actiones ei praestare. L. 33. 49 D. de iure dot. (23, 3).

d) Nicht selten werden von unseren Juristen Dotationspflicht (gegenüber der Frau, s. oben §. 317), und Verbindlichkeit aus der dotis promissio (gegenüber dem Mann), und dem zu Folge auch datio und numeratio dotis, durch einander gemengt, was sehr erhebliche Irrthümer zur Folge haben muß. Ebenso hat man sich vor den durchaus ungeschickten Ausdrücken Real- und Verbal-Illation zu hüten.

e) L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3): Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate stipulatus fuerat; arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret, cum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit. dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. Es ist ein Irrthum, dieß auf die zur Dotation Verpflichteten zu beschränken, s. L. 3 C. de dotis prom. (5, 11).

nur nicht zum Nachtheil der Frau[f]). Früchte und Zinsen des versprochenen Gegenstandes können erst gefordert werden, wenn das Versprechen länger als zwey Jahre nach Eingehung der Ehe unerfüllt bleibt, und erst von diesem Zeitpunkt an[g]). Auch das Legat (an den Mann) ist eine Bestellungsform der Dos[h]). Die Bestimmung dotis nomine braucht bey der Bestellung nicht wörtlich ausgedrückt zu seyn[i]), und auch eine stillschweigende Uebertragung einer früheren Dos auf eine andere Ehe ist möglich[k]). Die Bestellung einer Dos ist als ein Geschäft zu behandeln, bey dem kein Theil einen Gewinn auf Kosten des andern machen soll, jede übervortheilte Partey hat auf Restitution Anspruch[l]).

Die Bestellung kann vor Eingehung der Ehe erfolgen[m]), und der Mann sofort Eigenthümer der Dotalgegenstände werden[n]), aber eine Dos existirt doch nicht vor der Ehe[o]). Die Dos kann mit

f) L. 1 C. eod.: Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi, nec praestita sit, cum neque species ulla neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.

g) L. 31 §. 2 C. de iure dot. (5, 12).

h) L. 48 §. 1 D. eod. (23, 3).

i) L. 23 eod.

k) L. 63. 64 eod., L. 19. 66 §. 5 D. sol. matr. (24, 3).

l) L. 6 §. 2 D. de iure dot. (23, 3).

m) L. 21. 22 eod.

n) L. 7 §. 3 eod.: Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur, enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus, tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit misso nuntio; enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum, doti enim destinata non debebunt vindicari. L. 8. 9 pr. 10 §. 5 L. 17 §. 1 eod.

o) L. 74 eod., L. 17 §. 1 L. 18. 19 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5), L. 4 D. de fundo dot. (23, 5), L. 22 §. ult. D. sol. matr. (24, 3), L. 1 §. 2—4 D. pro dote (41, 9): Et primum de tempore videamus, quando pro dote quis usucapere possit, utrum post tempora nuptiarum, an etiam ante nuptias? Est quaestio vulgata, an sponsus possit, hoc est, qui nondum maritus est, rem pro dote usucapere. Et Iulianus inquit, si sponsa

einem Werthanschlag der Sachen, in denen sie gegeben wird, bestellt werden. Dieser Anschlag kann in der Absicht allein gemacht seyn, um bey der künftigen Restitution, wenn diese nicht in natura sollte geschehen können, zum Maßstab zu dienen (aestimatio taxationis gratia[p]), oder zu dem Zweck, daß künftig nur der Werth, nicht die gegebene Sache selbst restituirt, der Mann also als ein Käufer um diesen Preis, den er als Dos während der Ehe behält, behandelt werden soll (aestimatio venditionis causa, dos aestimata im eigentlichen Sinn)[q]). Diese letztere Aestimation, welche den Gegenstand der Dos verändert[r]), hat die Wirkung, daß sie, wenn die Uebergabe vor der Ehe erfolgt, den Eigenthumsübergang bis zu der Zeit, wo eine Dos existirt, also bis zur Schließung der Ehe aufschiebt[s]).

---

sponso ea mente tradiderit res, ut non ante eius fieri vellet, quam nuptiae secutae sint, usus quoque capio cessabit. si tamen non evidenter id actum fuerit, credendum esse id agi Iulianus ait, ut statim res eius fiant, et si alienae sint, usucapi possint; quae sententia mihi probabilis videtur. Ante nuptias autem non pro dote usucapit, sed pro suo. Constante autem matrimonio pro dote usucapio inter eos locum habet, inter quos est matrimonium. Ceterum si cesset matrimonium, Cassius ait cessare usucapionem, quia dos nulla sit. Idem scribit, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, quia nulla dos sit, quae sententia habet rationem.

p) L. 69 §. 7 D. de iure dot. (23, 3), L. 21 C. eod. (5, 12).

q) Evictionsanspruch, L. 16. 69 §. 7 D. L. 1 C. eod.

r) L. 5 C. eod., L. 10 pr. §. 6 L. 14. 15 D. eod.

s) L. 10 §. 4 eod.: Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est, namque hanc habet conditionem: si matrimonium fuerit secutum; secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur et fit vera venditio. L. 2 D. pro dote (41, 9): Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emtore, nec pro suo ante nuptias usucapietur. L. 67 D. de iure dot.: Proculus Nepoti suo salutem. Ancilla, quae nupsit, dotisque nomine pecuniam viro tradidit, sive sciet se ancillam esse, sive ignoret, non poterit eam pecuniam viri facere, eaque nihilominus mansit eius cuius fuerat antequam eo nomine viro traderetur, nisi forte usucapta est; nec posteaquam apud eundem virum libera facta est, eius pecuniae causam mutare potuit. Itaque nec facto quidem divortio aut dotis iure aut per condictionem repetere recte potest, sed is, cuius pecunia est, recte vindicat eam. Quodsi vir eam pecuniam pro suo possidendo usucepit, scilicet quia existimavit, mulierem liberam esse, propius est, ut existimem eum lucrifecisse, utique si antequam matrimonium esse inciperet, usucepit. Et in eadem opinione sum, si quid ex ea pecunia

c. Rechtsverhätlnisse hinsichtlich der Dos während der Ehe.

§. 416.

Ihrer Bestimmung nach kommt die Dos in das Vermögen des Mannes, aber sie ist zugleich für die Frau bestimmt, schon insofern, als ihre Früchte zum Besten der Ehe verwendet werden, und noch viel mehr, wenn, wie es der regelmäßige Fall ist, nach Trennung der Ehe die Dos an sie fällt[a]). Diese Stellung der Frau zur Dos hat die Folge, daß sie so gut als der Mann selbst wegen eines Dotalgrundstücks der Cautionen überhoben ist, von denen der Besitz unbeweglicher Güter befreit[b]), daß sie die Hälfte des von dem Mann auf dem Dotalgrundstück gefundenen Schatzes fordern kann[c]), daß sie im Fall der Eviction die Klage gegen ihren Auctor hat[d]). Zur Sicherung ihres Rechts kann sie auch schon während der Ehe die Dos zurückfordern, wenn der Mann verarmt oder gar in Concurs kommt[e]). Die Sicherung der Rechte der Frau hat die Gesetzgebung als besondere Aufgabe betrachtet[f]); dahin gehört auch die Vorschrift Justinian's, daß unter Umständen das Eigenthum ipso iure an sie zurückfallen soll (§. 142 Note g)[g]).

---

paravit, antequam ea dos fieret, ita ut nec possideat eam, nec dolo fecerit quo minus eam possideret.

a) L. 75 D. de iure dot. (23, 3): Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse: porro cuius interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.

b) L. 15 §. 3 D. qui satisd. cog. (2, 8).

c) L. 7 §. 12 D. sol. matr. (24, 3): — — quasi in alieno inventi.

d) L. 75 D. de iure dot. (Note a), L. 71 D. de evict. (21, 2).

e) L. 22 §. 8 L. 24 pr. D. sol. matr. (24, 3), L. 29 C. de iure dot. (5, 12).

f) L. 2 D. de iure dot. (23, 3): Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. Vgl. z. B. §. 200. 211. 248. 417.

g) Noch weiter sind einzelne Particularrechte gegangen, die dem Mann zu diesem Zweck nur einen usufructus an den Dotalsachen zugewiesen haben. Aber auch für das gemeine Recht hat es seit dem Mittelalter (s. z. B. Hugo-

§. 417.

Der Mann wird Eigenthümer der Dotalsachen, sowohl der fungiblen als auch der übrigen, und was diese anlangt, sowohl der ästimirten als der nichtästimirten[h]). Daß er dieses Eigenthum nur für die Zwecke der Dos und für die Dauer derselben haben soll[i]), giebt dem Eigenthum selbst nicht einen besonderen Charakter. Dieses Eigenthum ist indessen bey unbeweglichen Sachen beschränkt durch das Veräußerungsverbot der Lex Julia[k]), die Veräußerung (totale oder partielle) des Dotalgrundstücks ist nichtig[l]), die Einwilligung der Frau macht sie nicht gültig[m]). Der Zweck des Verbots

---

linus, diss. dom. ed. Haen. p. 436 sqq.) nicht an Juristen gefehlt, welche die Frau als alleinige, oder wenigstens als Eigenthümerin neben dem Mann bestimmt haben. Dieser Irrthum, der vorlängst aufgehört hat zu herrschen, hat, zum Theil in Folge eines ungeschickten Ausdrucks in L. 30 C. de iure dot. (§. 142 Note g), zur Aufstellung eines doppelten Eigenthums: civile (des Mannes) und naturale oder dormiens (der Frau) geführt. Auf keinen Fall besser ist die Form, die man dem Irrthum bey dem neuesten Wiederbelebungsversuch desselben (v. Tigerström, das römische Dotalrecht 1831, I S. 220 ff. Vgl. Erlanger Jahrbücher XVIII S. 113 ff.) gegeben hat, die Form nämlich eines s. g. procuratorischen Eigenthums des Mannes.

h) Unter den unzähligen Stellen, die diesen Satz enthalten, s. z. B. L. 7 D. de fundo dot. (23, 5): Si maritus fundum Titii servientem dotali praedio adquisierit, servitus confunditur etc. Sind nicht Sachen, sondern Rechte Gegenstand der Dos, so wird der Ehemann nach Umständen Subject dieser Rechte oder Ausüber derselben, z. B. Emphyteuta, Usufructuar, Ausüber des Usufructus, Gläubiger, Cessionar ꝛc.

i) L. 10 §. 2 D. de iure dot. (23, 3), L. 7 §. 12 L. 58. 61. 64 §. 3 sqq. L. 65 D. sol. matr. (24, 3).

k) Dig. XXIII. 5. Cod. V. 23: de fundo dotali. (Bachofen, ausgewählte Lehren des r. Civilr. [1848] Num. 3. R.)

l) Begriff des dotale praedium, L. 1 §. 1 L. 4. 12. 13 pr. §. 1. 2 L. 16 D. eod. — Streitfrage: ob auch der Mann selbst (während der Ehe) vindiciren könne? Glück, Comment. XXV S. 400 ff.

m) L. un. §. 15 C. de rei uxor. act. (5, 13). Ausnahme bey eidlicher Einwilligung, c. 28 X. de iureiur. (2, 24). Daß Justinian die Convalescenz einer Intercession durch Wiederholung nach zwey Jahren auf die Einwilligung in die Veräußerung bey der donatio propter nuptias übertragen hat, Nov. 61 c. 1 §. 1. 3, berechtigt keineswegs zu einer weiteren Ausdehnung auf die Dos. — Einer Genehmigung der Frau nach Endigung der Ehe steht an sich nichts entgegen, daher kann das Vermächtniß des Grundstücks durch den Mann gültig seyn, wenn die Frau Erbin ist, nur muß sie wenigstens so viel

ist, der Frau die Grundstücke zu erhalten; daher fällt es weg bey dem fundus aestimatus[n]), ferner wenn das Grundstück durch eine permutatio dotis aufhört Dotalgegenstand zu seyn[o]), endlich wenn die Dos nicht an die Frau oder ihre Erben fällt[p]), und dadurch kann es auch geschehen, daß eine anfänglich ungültige Veräußerung convalescirt. Das Recht eines Andern übrigens, der einen Anspruch auf die Erwerbung hat, wird durch jenes Verbot nicht geschmälert[q]).

Unter Umständen kann die Dos dem Mann pacifcirt werden[r]), regelmäßig soll er sie aber, ihrem Begriff gemäß, nur während der Ehe haben, und die ihm zuständige Benutzung davon machen; er contrahirt durch die Bestellung der Dos eine Obligatio auf Rückgabe nach Endigung der Ehe an die Personen, denen die Forderung entweder durch Rechtsgeschäft gegeben ist, oder schon nach Eherecht zusteht.

d. **Dotalklage**[a]).

§. 418.

Nach Eherecht sind die Frau, ihre Erben, unter Umständen ihr Vater die zur Forderung der Dos nach Endigung der Ehe berechtigten Personen. Bey diesen soll es nach justinianischem Recht (L. un. C. de rei uxoriae actione) keinen Unterschied in der Natur der Dotalklage mehr machen, ob ihnen die Restitution noch überdieß durch eine ausdrückliche Stipulation zugesichert ist oder nicht, während nach dem älteren Recht die im ersten Fall zustehende actio ex stipulatu, und die schon ipso iure stattfindende rei uxoriae actio sehr verschiedener Natur waren[b]). Diese eherechtliche

---

als ihre Dos beträgt, aus der Erbschaft ziehen, L. 13 §. 4 D. de fundo dot. (25, 5), vgl. L. 77 §. 5 D. de leg. II. (31).

n) L. 11 D. de fundo dot. (23, 5).

o) L. 26. 27 D. de iure dot. (23, 3).

p) L. 3 §. 1 L. 17 D. de fundo dot. (23, 5), L. 42 D. de usurp. (41, 3).

q) L. 1 pr. D. de fundo dot. (23, 5), L. 2 C. eod. (5, 23).

r) L. 12 pr. 20 §. 1 D. de pact. dot. (23, 4).

a) Dig. XXIV. 3. Cod. V. 18: soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. Cod. V. 13: de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.

b) Die Klage, die jetzt in dem einen wie in dem andern Fall gegeben werden soll, will Justinian actio ex stipulatu genannt wissen, passender ist der allgemeine Name actio de dote.

Bestimmung der Dos kann dadurch abgeändert werden, daß der dritte Besteller sich bey der Bestellung ihre Restitution von dem Manne versprechen läßt, dos recepticia; auf die Klage aus diesem Vertrag finden die eigenthümlichen eherechtlichen Grundsätze keine Anwendung, während von dem Vater der Frau, wenn er als Besteller sich die Dos pacifcirt, dasselbe gilt, was von der Frau [c]).

Kläger und Beklagter.

§. 419.

Die Berechtigung zur Dotalklage bestimmt sich theils durch Vertrag, theils aber schon durch den Ursprung der Dos. Die dos profecticia, d. h. die aus dem Vermögen des Vaters oder väterlichen Ascendenten gekommene [a]), fällt, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wird, an den Vater oder Großvater, gleichviel ob die Frau noch in seiner Gewalt stand oder nicht [b]), lebt dieser nicht mehr, an die Erben der Tochter [c]); wenn die Ehe beim Leben der Frau aufgehoben wird, und sie ist noch in väterlicher Gewalt, an sie und den Vater zugleich [d]), so daß sie für

---

c) L. un. §. 13 C. de rei ux. act. (5, 13), vgl. L. 29 pr. D. h. t. (24, 3), L. 7 C. de iure dot. (5, 12).

a) L. 5 D. de iure dot. (23, 3), L. 5 pr. §. 11 eod.: Dos profecticia est quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius. — Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit, sed ita demum, si ut parens dederit; ceterum si cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est.

b) Vgl. Glück, Commentar XXVII S. 169 ff. Auch die Existenz von Kindern aus der Ehe schließt nach der richtigen Ansicht den Vater nicht aus, Glück a. a. O. S. 205 ff. Anders Francke, Archiv für civ. Pr. XXVI. 14, der die früher in der deutschen Praxis vorherrschende entgegengesetzte Meinung in dem Fall für richtig hält, wenn die Frau sui iuris war.

c) L. un. §. 6. 11 C. de rei ux. act. (5, 13), L. 6 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. 4 C. sol. matrim. (5, 18).

d) L. 2 C. eod., L. 2 §. 1 L. 3 D. eod. (24, 3), L. un. §. 14 C. de rei ux. act. (5, 13). L. 22 §. 1 D. sol. matr.: Si post solutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem consumat, patri et viva ea et mortua actio superest, ut dos ipsi solvatur. Quod ita verum est, si perditurae solvatur, ceterum si non perditurae et ex iustis causis soluta sit, non supererit actio; sed mortuo patre nec etiam heredes agent nec mulier.

eine zweite Ehe der Tochter zu bewahren ist[e]), ist sie sui iuris, an sie allein[f]). Die dos adventicia (jede, die nicht profecticia ist) fällt an die Frau und ihre Erben[g]).

Beklagter ist der Ehemann und seine Erben, wenn ihm, sein Vater, wenn diesem die Dos bestellt worden ist[h]).

Begründung der Klage.

§. 420.

Die Klage ist begründet durch die wirksame, d. h. das Vermögen des Mannes wirklich (durch den Dotalgegenstand selbst, oder die Klage darauf) vermehrende Bestellung der Dos[a]). Rührt die Dos von der Frau oder von ihrem Vater selbst her, so muß der Kläger auch die numeratio dotis (Illation) beweisen[b]). Gegen einen Empfangschein hat der Beklagte die querela non numeratae dotis innerhalb eines Jahrs nach Aufhebung der Ehe, wenn diese höchstens zwey Jahre, innerhalb drey Monaten, wenn sie nicht länger als zehn Jahre, gar nicht, wenn sie länger gedauert hat[c]). Bey einer sonstigen, von einem Andern als dem Kläger geschehenen promissio dotis haftet der Mann auch ohne Numeration, wenn ihm eine Nachläßigkeit in der Beitreibung zur Last fällt[d]), oder der promissor damals schon insolvent war[e]), oder der Mann

---

e) Nov. 97 c. 5.

f) L. un. §. 11 C. de rei ux. act. (5, 13).

g) L. un. §. 6. 13 C. eod. (Daß die Rückforderung „in jedem Falle der überlebenden Tochter allein" zustehe [Arndts, Pand. §. 405 Anm. 3], ist im Texte nicht gesagt. R.)

h) L. 22 §. 12 L. 31 pr. L. 46 D. sol. matr. (24, 3), L. 2. 9 C. eod. (5, 18).

a) S. unten Note d ff.

b) L. 33 D. de iure dot. (23, 3), L. 1 C. de dote cauta non numerata (5, 15).

c) L. ult. C. eod., Nov. 100 c. 2. Vgl. Osenbrüggen: Zur Interpr. des Corp. I. C. (1842) Kap. 2.

d) L. 33 D. de iure dot. (23, 3), vgl. L. 16 D. de fundo dot. (23, 5).

e) L. 41 §. 3 D. de iure dot.: Si a debitore mulieris sub conditione dos promittatur, et postea, sed antequam maritus petere posset, debitor solvendo esse desierit, magis periculum ad mulierem pertinere placet, nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non poterit. Quod si iam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.

mit ihm eine Novation (die der Zahlung gleichsteht) eingegangen ist[f]), oder Zinsen von ihm beigetrieben hat[g]). Der Verlust ferner der schon gegebenen Dotalgegenstände (durch Untergang, Eviction, sonstige Entziehung) befreit den Mann nicht bey fungiblen und bey venditionis causa ästimirten Sachen[h]), bey andern haftet er nur für seine Schuld (§. 421), der Fordernde trägt das periculum. Dasselbe gilt von einer dotis nomine cedirten Forderung, wenn sie inexigibel geworden ist[i]). Bey der Uebertragung der Forderung durch Delegation eben so, wenn der Gegenstand ein individueller ist[k]), geht die Forderung auf eine Summe, so trägt der Mann das Periculum[l]). Derselbe Unterschied ist zu machen, wenn dem Mann eine Schuld dotis nomine erlassen wird[m]).

Die Restitutionspflicht tritt ein (mit Ausnahme der Fälle §. 416 Note e) nach Aufhebung der Ehe, in Beziehung auf unbewegliche Sachen sogleich, bey anderen Gegenständen ein Jahr nachher[n]). Durch Restitution während der Ehe wird der Mann nur dann befreit, wenn sie zum Vortheil der Frau oder aus einem Grund geschah, der ihre Anfechtung der vorzeitigen Restitution zu einer Unsittlichkeit macht[o]).

---

f) L. 35 eod.: Dotem a patre vel a quovis alio promissam si vir novandi causa stipuletur, coepit viri esse periculum, cum ante mulieris fuisset. Eben so natürlich bey einem Erlaß, L. 49 eod., L. 66 D. sol. matr. (24, 3).

g) L. 71 D. de iure dot. (23, 3). Vgl. über diese Frage der Haftung für eine dos promissa Meyerfeldt, Rhein. Mus. VII S. 100 ff.

h) L. 10 pr. 42 eod.

i) L. 49 pr. D. sol. matr. (24, 3).

k) L. 56 pr. D. de iure dot. (23, 3).

l) Meyerfeldt, Rhein. Museum VII S. 123 ff. gegen Hasse, Culpa S. 433 ff. (2. Ausg.).

m) L. 58 §. 1 L. 77 D. de iure dot. (23, 2).

n) L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

o) L. 73 §. 1 L. ult. D. de iure dot. (23, 3), L. 20 D. sol. matr. (24, 3): Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere, et ideo recte ei solvitur; idque et in filiafamilias observatur. Cod. V. 19: si dos constante matrimonio soluta fuerit. Hasse, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V. 9. Francke, Archiv für civ. Pr. XVII. 19. XVIII. 1. Irrthümer: 1) mißverständliche Einmischung der L. 28 D. de pact. dot. (s. §. 421

Gegenstand der Klage.

§. 421.

Gegenstand der Klage ist, was Gegenstand der Dos ist, der Mann restituirt, was er dotis nomine erhalten hat, mit Ersatz des durch Vernachläßigung der diligentia in suis rebus an den Dotalsachen verursachten Schadens[a]). Sind Rechte der Dotalgegenstand, so geschieht die Restitution je nach Umständen durch Aufhebung, Uebertragung, Ueberlassung der Ausübung[b]), eine Dos, die in einer Befreiung bestand, wird durch Wiederherstellung des Rechts oder Leistung seines Gegenstands restituirt[c]). Die Accessionen, die nicht zu den Früchten gehören[d]), oder nicht zu denjenigen Früchten, welche der Mann lucrirt, und die er nicht zu restituiren hat, da in ihnen der Beitrag der Dos zu den Lasten der Ehe besteht[e]), namentlich also Früchte, die vor der Ehe gezogen worden, sind Dotalsachen, in dotem convertuntur, und mit der Dos zu restituiren. Eben so geht die Klage auf die nach der Trennung der Ehe gezogenen Früchte. Die Früchte des letzten Dotaljahrs werden nach dem Verhältniß des Bestehens der Ehe in demselben unter beide Parteien getheilt[f]). Der Gegenstand wird

---

Note e); 2) die in den angef. Stellen als Beispiele vorkommenden Fälle: ut aes alienum solvat, ut fundum idoneum emat, ut se suosque alat, ut relegato parenti praestet alimonia, ut egentem virum, fratrem, sororemve sustineat, ut eos ex hostibus redimat, seyen exclusiv zu verstehen. Auch die Worte der Nov. 22 c. 36: nisi ex causis, quas lex enumeravit, können die Beispiele nicht zu etwas anderem machen, als was sie sind.

a) L. 17 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. 24 §. 5 D. sol. matr. (24, 3).

b) L. 66 D. de iure dot. (23, 3).

c) L. 12 §. 2 L. 43 §. 1 L. 78 eod.

d) L. 10 §. 1. 2 L. 69 §. ult. eod., L. 7 §. 12—14 D. sol. matrim. (24, 3), L. un. §. 9 C. de rei ux. act. (5, 13).

e) L. 7 pr. §. 1 D. de iure dot. (23, 3). Kann die Restitution auch dieser Früchte verabredet werden? L. 4 D. de pact. dot. (23, 4), L. 28 eod.

f) L. un. §. 9 C. de rei ux. act. (5, 13): — Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, pro rata temporis portione utrique parti debere adsignari, commune utriusque actionis est, in rebus scilicet non aestimatis —. L. 7 D. sol matr. (24, 3). L. 7 cit. §. 1. 2: Papinianus autem libro XI quaestionum, divortio facto fructus dividi, ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis novembribus primis fruendum locaverit, mensis

gemindert durch impensae necessariae[g]), die der Mann auf die Sache gemacht hat[h]); wegen impensae utiles oder voluptariae hat er nur nach Verschiedenheit der Fälle die actio mandati oder negotiorum gestorum oder das ius tollendi[i]).

e. Pacta dotalia[a]).

§. 422.

Durch Verabredungen über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, und über die Dos insonderheit, von Seiten der Berechtigten[b]), können Modificationen der eherechtlichen Vorschriften festgesetzt werden, nur darf der Inhalt dieser pacta dotalia 1) nicht gegen die guten Sitten und das Wesen des ehelichen Verhält-

---

ianuarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est, alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque, si fine mensis ianuarii divortium fiat, et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. E contrario quoque idem observandum est, nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis martiis eundem locaverit, et calendis aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede quae debebitur, portionem retinebit. Hasse, Rhein. Museum II S. 1 ff. Schrader, tüb. Zeitschr. VI S. 249 ff. (Eine Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen Hasse, comm. de variis eorum sententiis, qui in expl. L. 7 §. 1 sol. matr. vulgatam interpr. reliquerunt 1827, s. auch Glück, Comm. XXVII S. 294 ff. (Francke, die Früchte der Dos bei Trennung der Ehe. Archiv für civ. Pr. XXX. 10 S. 249 ff. Vangerow, Leitfaden 6. Aufl. [1851] S. 466—474. Brinckmann, Versuch, die Schwierigkeiten in L. 7 §. 1 sol. m. [24, 3] durch Conjecturalkritik zu heben [Archiv für civ. Pr. XXXVI (1853) Num. 15.]. R.)

g) Dig. XXV. 1: de impensis in res dotales factis.

h) L. 3 §. 1 L. 4. 5. 15 eod. L. 1 §. 4 D. de dote praeleg. (33, 4). Unstatthaftigkeit der Verabredung, daß die nothwendigen Verwendungen nicht ersetzt werden sollen, L. 5 §. 2 D. de pact. dotal. (23, 4).

i) L. un. §. 5 C. de rei ux. act. (5, 13), L. 7—11 D. de impens. (25, 1).

a) Dig. XXIII. 4: de pactis dotalibus. Cod. V. 14: de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis.

b) L. 20 §. 1 D. h. t., L. 29 pr. D. sol. matrim. (24, 3).

nisses[c]), 2) nicht gegen das Wesen der Dos streiten[d]), 3) nicht der Frau, wenn die Dos an sie fällt, ihre Rechte schmälern[e]). Der erste Grundsatz steht der Ausschließung der Competenz des Mannes (§. 245), ferner der Verabredung entgegen, daß die Strafen der Ehescheidung für den schuldigen Theil wegfallen oder vermindert werden sollen; der zweite macht die Verabredung unwirksam, wonach die Dos während der Dauer der Ehe nicht gefordert, oder alle Früchte der Dos restituirt, oder die impensae necessariae nicht ersetzt werden sollen; der dritte endlich läßt nicht zu, daß ein späterer Termin für die Rückgabe der Dos als der gesetzliche, oder eine Herabsetzung der von dem Manne zu prästirenden Culpa gültig verabredet werde. Nur zu Gunsten der Kinder kann eine Schmälerung der Rechte der Frau, und auch so nur für den Fall der Trennung der Ehe durch ihren Tod oder durch Scheidung festgesetzt werden.

Von den Paraphernen.

§. 423.

Das Vermögen der Frau, soweit sie es nicht zur Dos gegeben hat, bleibt ihr, und auch auf die Verwaltung desselben hat die Ehe keinen Einfluß. Hat sie an diesen Paraphernen dem Mann die Verwaltung oder sogar (wofür aber hier so wenig als sonst eine Vermuthung streitet) das Eigenthum für die Dauer der Ehe überlassen[a]), so entsteht dadurch kein besonderes eherechtliches Verhältniß, das nicht auch inter extraneos stattfinden könnte, nur daß der Mann auch hier bloß diligentia in suis rebus prästirt. Der Mann, welcher eine Sache der Frau als Dotalsache in Anspruch nimmt, muß die Bestellung zur Dos beweisen, die bloße Illation einer Sache in das Haus überhebt ihn dieses Beweises nicht, und eben so wenig kann natürlich eine Dotalklage (die sich

---

c) L. 5 pr. §. 1 D. h. t. (23, 4). L. 14 §. 1 D. sol. matrim.

d) L. 4. 5 §. 2 L. 11. 12 §. 1 h. t.

e) L. 6. 14—16 eod., L. 1 §. 1 D. de dote praeleg. (33, 4).

a) L. 9 §. 3 D. de iure dot. (23, 3), L. 8. 11 C. de pact. conv. (5, 14). Man hat die Parapherna, die in der Verwaltung der Frau bleiben, bona recepticia genannt, was den Irrthum begünstigt, als müsse sie sich diese Verwaltung besonders vorbehalten.

auf Bestellung der Dos gründet §. 420) durch eine solche bloße Illation begründet werden[b]).

2. Donatio propter nuptias[a]).

§. 424.

Schenkungen, welche in Rücksicht auf eine (künftige) Ehe gemacht werden, sind die Brautgeschenke, die, wenn die Ehe nicht erfolgt, zurückgefordert werden können, es wäre denn der Schenker Schuld an der Aufhebung des Verlöbnisses[b]).

Im eigentlichen Sinn bedeutet donatio propter nuptias ein besonderes Rechtsinstitut, gleich der Dos, das was der Mann der Frau gegen die Dos schenkt für den Fall seiner Verarmung oder einer Trennung der Ehe durch seine Schuld oder auch durch seinen Tod[c]). Dieses Institut ist nicht in Gebrauch[d]).

B. Unwillkürliche Vermögenswirkungen der Ehe.

1. Von Schenkungen unter Ehegatten[a]).

§. 425.

Eheleute, welche die rechte eheliche Gesinnung haben, werden alles, was sie haben, als gemein behandeln (§. 413). Unter dieser

---

b) Die irrige Behauptung einer solchen Präsumtion der Dos aus der bloßen Illation (also aus dem natürlichen Umstand, daß, wo die Frau ist, auch ihre Sachen sind) hat man durch Stellen wie L. 23. 48 §. 1 D. de iure dot. (23, 3), L. 11 D. de pactis dot. (23, 4) belegen wollen, die nichts dergleichen enthalten. Die Ursache des Irrthums liegt in dem Mangel bestimmter Begriffe über die Bestellung der Dos, s. §. 415.

a) Cod. V. 3: de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis.

b) L. 15 C. h. t., L. 32 §. 28 D. de don. inter vir. (24, 1). Eine Schenkung des Bräutigams an die Braut kann interveniente osculo bey der Aufhebung des Verlöbnisses durch den Tod nur zur Hälfte zurückgefordert werden, L. 16 C. h. t. Es bedarf zur Erklärung dieser Bestimmung keiner künstlichen Herleitung aus dem alten Verwandtschaftsrecht, wie sie Klenze (Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. VI S. 72 f.) versucht hat. Der Kuß soll das Kennzeichen eines Verlöbnisses seyn, das ein näheres Verhältniß unter den Verlobten wirklich zur Folge gehabt hat.

c) (Vgl. Francke, über die propter nuptias donatio, Archiv für die civ. Pr. XXVI. 1 S. 63—84 [1843]. Löhr, das. XXX S. 323—339 [1847]. R.)

d) Aehnliche Institute des deutschen Rechts dürfen nicht damit verwechselt werden.

a) Dig. XXIV. 1: de donationibus inter virum et uxorem. Cod. V.

Voraussetzung werden Schenkungen unter ihnen ein bloßer Schein seyn. Ein Ehegatte, der eine solche Schenkung in rechtlichem Ernst nimmt, um das Geschenkte rein für sich zu behalten, was dem Schenker eben so rein abgeht, macht von der rechtlichen Vermögensgetrenntheit (welche Schenkungen formell möglich macht) eine das Wesen des ehelichen Verhältnisses verletzende Anwendung. Dieß ist nun durch den altherkömmlichen Rechtssatz, daß Schenkungen unter Ehegatten ungültig sind, verhindert[b]). Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig[c]), aber auch von und an Personen, die mit einem der Ehegatten durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden sind[d]). Nur Schenkungen (§. 68) sind ungültig, nicht sonstige Liberalitäten[e]), noch weniger natürlich onerose Ge-

---

16: de don. inter vir. et ux. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione.

b) L. 1. 3 pr. D. h. t.: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. — Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Ausnahmen für den Regenten und seine Gemahlin, L. 26 C. eod.

c) L. 5 pr. 27. 66 D. eod., L. 9 §. 2 L. 10 eod.: Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt, quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt. Bey gesetzwidrigen Ehen, L. 3 §. 1 L. 32 §. 28 eod., L. 4 C. de incest. nupt. (5, 5).

d) L. 3 §. 2—8 D. h. t. (24, 1), L. 4. 5 C. eod. (5, 16), vgl. L. 3 §. 2. 38. 60 pr. D. eod.

e) L. 44 eod.: Si extraneus rem viri ignorans eius esse, ignoranti uxori ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. idemque iuris erit, si is qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxoris patri donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum, non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt. (Savigny, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. I. 10.) Gaben des Mannes zu den gewöhnlichen Bedürfnissen, L. 15 pr. 18. 21 pr. 31 §. 8 eod. (Nicht Gaben der Frau, L. 33 §. 1 eod.) Exilii und divortii causa, L. 43. 60—62 eod. Gaben ohne Bereicherung oder ohne Minderung des

schäfte. Die Schenkung ist nichtig[f]; sofern der Act der Veräußerung nicht in dem engen Zusammenhang mit dieser seiner causa steht, daß er selbst für nichtig gehalten werden kann, steht dem Schenker eine Condiction zu[g], eben so wenn aus einem andern Grund die Vindication wegfällt, aber die Klage geht nur auf die gegenwärtige Bereicherung des Beschenkten[h]. Die Früchte, die der Beschenkte sich durch die Sache verschafft hat, behält er[i].

Wo die Schenkung als mortis causa donatio bestehen würde, da soll sie auch, obgleich als donatio inter vivos geschlossen, wirksam werden, also wenn der Schenker ohne Willensänderung[k] vor dem Beschenkten stirbt, vorausgesetzt daß ihrer Wirksamkeit nur die Ehe zwischen beiden Personen entgegenstand[l]. Jede Schenkung convalescirt dadurch[m], also auch ein Schenkungsversprechen[n].

Vermögens, L. 5 §. 8—17 L. 7 §. 1. 2 L. 25. 67 eod. u. a. L. 28 §. 2 eod.: Si quas servi operas viri uxori praestiterint vel contra, magis placuit nullam habendam earum rationem. Et sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes. Singuläre Ausnahme: zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude, L. 14 eod.

f) L. 3 §. 10. 11 L. 5 §. 5. 18 L. 6. 7 pr. 36 pr. eod. (Der Beschenkte besitzt daher pro possessore, L. 16 D. de adqu. poss. [41, 2], L. 13 §. 1 D. de H. P. [5, 3]. R.) Der Interdictenbesitz wird dadurch nicht gehindert, L. 1 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2). Dem ist nicht entgegen L. 46 D. h. t. (24, 1): Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. (Er kann jedoch mit einer condictio zurückgefordert werden, L. 6 D. h. t. [24, 1]. R.)

g) L. 5 §. 6. 7 eod.

h) L. 5 §. 18 L. 6. 7 pr. §. 3. 4 L. 55 eod., L. 8. 17 C. eod. (5, 16).

i) L. 15 §. 1 L. 16. 17 pr. D. h. t. (24, 1), L. 45 D. de usur. (§. 166 Note i). Vgl. L. 8 C. h. t. (5, 16).

k) L. 12 C. h. t. (5, 16), L. 32 §. 3. 4 D. h. t. (24, 1). Die Novelle 162, nach welcher (c. 1) Verpfändung der geschenkten Sachen nicht als Willensänderung gelten soll, ist nicht glossirt. — L. 22 D. de prob. (22, 3): Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

l) L. 25 C. h. t. (5, 16).

m) Ulpian. L. 32 pr. §. 1 D. h. t. (24, 1): Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum Divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino Coss., ut aliquid laxaret ex iuris rigore. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et

2. Von Entwendungen unter Ehegatten[a]).

§. 426.

Die actio furti wird keinem Ehegatten gegen den andern gegeben[b]), aber auch nicht nach Aufhebung der Ehe wegen einer während der Ehe geschehenen Entwendung, sondern die Vindication oder condictio furtiva[c]). Eine besondere Klage, actio rerum amotarum, ist für den Fall einer Entwendung mit Rücksicht auf eine bevorstehende Scheidung[d]) eingeführt, wenn die Scheidung wirklich erfolgt ist[e]); sie ist keine Delictsklage, sondern eine condictio[f]),

---

uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt et obligatio sit civilis, et de Falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit, cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est. L. 32 §. 23 eod.: Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram. utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat, potest dici, pendere acceptilationem non ipsam, sed effectum eius. Et generaliter, universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt. L. 33 pr. eod., L. 33 §. 2 eod.: Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit ex Oratione donationem convalescere.

n) Dieß ist sehr bestritten wegen L. 23 eod.: Papinianus recte putabat, orationem D. Severi ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit (Ulp.). In der Nov. 162 c. 1 hat Justinian den zu seiner Zeit besonders durch die Nachklänge des cincischen Schenkungsrechts entstandenen Zweifel entschieden, aber diese Novelle ist nicht glossirt. Für die Erstreckung der Convalescenz vgl. Löhr, Archiv für civ. Pr. XVI. 9 (1833), Puchta, Kleine civ. Schriften S. 332 ff.; dagegen Wächter, Archiv für civ. Pr. XVI. 4 (1833). Daß L. 23 cit., auf welche die Gegner so großes Gewicht legen, zu viel beweist, pflegen sie zu übersehen.

a) Dig. XXV. 2. Cod. V. 21: rerum amotarum.

b) L. 2. 3 §. 2 D. h. t.

c) L. 1. 2. 24. 25 eod., vgl. L. 3 pr. eod.

d) L. 11 §. 1 L. 17 §. 1 L. 20. 21 pr. eod. Auch wenn die Entwendung dem Schwiegervater, in dessen Gewalt der andere Gatte steht, geschehen ist, L. 6. 15 §. 1 eod.

e) L. 25 eod. Hier auch für den Erben des Bestohlenen, L. 6 §. 3 L. 16 eod., der aber, wenn die Ehe durch den Tod getrennt ist, nur die gewöhnlichen Klagen (hereditatis petitio, actio ad exhibendum, condictio) hat, L. 6 §. 5 L. 22 §. 1 eod.

f) L. 26 eod.

sie wird daher de peculio gegeben[g]), sie geht auf Schadensersatz[h]) und nur darin, daß auch die bloße Beihülfe zur Entwendung der Klage unterwirft[i]), so wie zum Theil in Beziehung auf die Erben des Beklagten, wird die Behandlung der Delictsklagen auf sie angewandt (§. 88 Note g a. E.).

3. Vermögensstrafen bey der Ehescheidung[a]).

§. 427.

Für den Gatten, welcher dem andern durch eine unerlaubte Handlung eine rechtmäßige Ursache zur Scheidung giebt, sind Vermögensstrafen festgesetzt. Die Frau als schuldiger Theil verliert die Dos, welche sie erhalten hätte, und in Ermangelung einer solchen den vierten Theil ihres Vermögens (doch hier nie über hundert Pfund Goldes) an den Mann, der, wenn Kinder vorhanden sind, nur den Nießbrauch erhält; die Proprietät fällt an die Kinder. Im Fall des Ehebruchs wird die Strafe noch um ein Drittheil erhöht. Der Mann als schuldiger Theil verliert die donatio propter nuptias, in Ermangelung derselben ein Viertheil seines Vermögens an die Frau und die Kinder, wie vorhin, und wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt, oder ihr durch Unterhaltung einer Beischläferin Ursache zur Scheidung gegeben hat, noch ein Drittheil jenes Betrags mehr[b]). — Die Strafen, welche das R. R. noch für rechtswidrige, ungegründete Scheidungen festsetzt, hängen damit zusammen, daß auch nach dem neuesten R. R. eine solche verpönte Scheidung nicht für unwirksam erklärt ist, vielmehr noch immer die Wirkung hat, die Ehe aufzuheben. Dieß ist an-

g) L. 3 §. 4 L. 6 §. 2 eod.

h) L. 21 §. 3—6 eod.

i) L. 19. 20 eod.

a) Cod. V. 17: de repudiis et iudicio de moribus sublato.

b) Nov. 117 c. 8. 9, L 11 §. 1 C. h. t. Daß, was ein Gatte von dem andern im Fall der Trennung der Ehe durch den Tod erworben hätte, bey der Trennung durch Scheidung nicht erworben wird: die Dos, die der Mann, die donatio propter nuptias, welche die Frau erhalten hätte, die donatio inter virum et uxorem, welche durch den Tod kräftig geworden wäre, die mortis causa donatio, das hinterlassene Vermächtniß (überhaupt besteht für das, was ein Gatte dem andern im letzten Willen hinterläßt, die Vermuthung, daß es ihm nur für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod bestimmt ist, L. 49 §. 6 D. de leg. III.) — diese Folgen der Scheidung fallen nicht unter den Begriff von Strafen.

ders nach heutigem Recht, daher müssen mit der Möglichkeit einer solchen verpönten Scheidung auch die auf sie gesetzten Strafen wegfallen.

4. Nachtheile einer zweiten Ehe[a]).

§. 428.

Mit der Eingehung einer zweiten Ehe nach Aufhebung der früheren sind nicht schon an sich durch das Recht Nachtheile verbunden. Dagegen sind gewisse Festsetzungen gemacht, durch welche die Kinder der früheren Ehe gegen die nachtheiligere Lage, in welche sie durch eine Wiederverehelichung ihres Vaters oder ihrer Mutter kommen können, möglichst gesichert werden sollen. Die Nachtheile oder Beschränkungen, welche der binubus dadurch erleidet, sind es, welche poenae secundarum nuptiarum genannt werden. Regelmäßig treffen sie sowohl Vater als Mutter, denn jene Gefahr tritt in beiden Fällen für die Kinder ein; doch sind einige ausdrücklich auf die mater binuba beschränkt, theils weil sie nur bey ihr denkbar sind, theils weil bey ihrer Festsetzung die Ansicht mitwirkte, daß es einer Wittwe ziemlicher sey, unverehelicht zu bleiben[a*]). Die einzelnen Fälle sind folgende:

1) Was ein Gatte aus dem Vermögen des andern lucrirt hat, das soll den Kindern aus dieser Ehe nicht durch eine zweite Ehe entzogen werden. Zu diesem Behuf verliert der binubus die Proprietät dieser Güter an die Kinder erster Ehe, und behält nur den Nießbrauch[b]). Dadurch ist dem binubus die Disposition über jene Güter entzogen, und diese sind den Kindern gesichert. Selbst eine vor der Eingehung der zweiten Ehe vorgenommene Veräußerung schadet den Kindern nicht, sie wird durch die zweite Ehe rescindirt und die Kinder können die Güter vindiciren; freilich

---

a) Cod. V. 9: de secundis nuptiis. 10: si secundo nupserit mulier cui maritus usumfructum reliquit.

a*) (Streitfrage: Ob der zuerst sterbende Ehegatte die Nachtheile dem überlebenden im Testament erlassen könne? Bejaht von Geiger, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß XIX. 7 [1844]. Verneint von Majer, daselbst: Neue Folge V. 7 [1848]. Die entscheidende Stelle ist Nov. 22 c. 2 §. 1. R.)

b) Dieß gilt auch von der Virilportion, zu welcher nach neuestem Recht der überlebende Ehegatte die Proprietät der ihm etwa zufallenden dos oder donatio propter nuptias behält, während die Proprietät des übrigen den Kindern schon mit der Auflösung der Ehe zufällt, Nov. 127 c. 3.

aber findet diese Anfechtung überall erst Statt, wenn die Güter an sie auch dem Genuß nach fallen, also nach dem Tod des binubus, und soweit dieser durch den früheren Tod eines solchen Kindes etwas von der verlornen Proprietät zurückerwirbt, convalescirt auch die Veräußerung. Die Proprietät an den durch die zweite Ehe verwirkten Gütern fällt übrigens an mehrere Kinder erster Ehe nach der Intestaterbfolgeordnung, dem binubus steht keine willkürliche Vertheilung derselben zu. Dabey ist es gleichgültig, ob sie Erben des verstorbenen Parens, aus dessen Vermögen diese Güter herrühren, geworden sind oder nicht; nur sind diejenigen ausgenommen, die sich einer Enterbungsursache gegen den verstorbenen Parens schuldig gemacht haben[c]). Hat der binubus durch den verstorbenen Ehegatten bloß den Usus fructus erhalten, so erleidet er durch die zweite Ehe keinen Nachtheil, da er nicht mehr hat, als was ihm auch im obigen Fall bleibt[d]). Auf der andern Seite sollen den Kindern der zweiten Ehe die dos oder die donatio propter nuptias, welche der binubus von dem zweiten Ehegatten bezogen hat, eben so ungeschmälert verbleiben[e]).

2) Wenn ein parens, der ein Kind mit den Geschwistern desselben ab intestato beerbt hat, zur zweiten Ehe schreitet, so soll er auch an diesem Erbgut, soweit es aus dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten herrührt, die Proprietät an die Kinder erster Ehe (seine Miterben) verlieren, und nur den Nießbrauch behalten, welchen er allein erbt, wenn sich der Erbfall zu der Zeit ergiebt, wo er schon die zweite Ehe geschlossen hat[f]).

3) Der zur zweiten Ehe schreitende, Mann oder Frau, kann dem zweiten Ehegatten auf keine Weise, weder inter vivos, noch mortis causa, mehr zuwenden, als ein Kind erster Ehe, und zwar

---

c) Ueber alles dieses s. Nov. 22 c. 23—36, vgl. Nov. 2 c. 1. 2 und wegen der früheren Verordnungen darüber Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. §. 177. 178.

d) Nov. 22 c. 32. 33. Anders nach dem früheren Recht der L. un. C. si secundo nups. (5, 10).

e) Nov. 22 c. 29.

f) Nov. 22 c. 46 (Nov. 2 c. 3). Die Novelle spricht bloß von der Mutter, aber nur deswegen, weil erst seit der Novelle 118 der Vater in den casus legis jener Beerbung kommen kann, vgl. Glück, Comm. XXIV S. 137 f. Bey den Worten des Gesetzes will stehen bleiben Marezoll, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. V S. 397 ff., ebenso Vangerow, Leitfaden I §. 227, 2. a.

das am wenigsten bekommende von ihm erhält. Nur das, was ein Kind erhält, welches hätte enterbt werden können, giebt keinen Maßstab ab. Das dem zweiten Gatten hienach zu viel Gegebene fällt an die Kinder erster Ehe, mit Ausnahme derer, die hätten enterbt werden können, zu gleichen Theilen. Auch die Kindeskinder haben Anspruch auf diese Begünstigung. Ob diese gesetzliche Vorschrift überschritten sey, das wird bemessen nach dem Stand, den das Vermögen des binubus zur Zeit seines Todes hatte[g]). Eine Verminderung der dos oder donatio propter nuptias für die zweite Ehe ist ungültig, sofern sie den Erfolg hat, den zweiten Ehegatten gegen diese Vorschrift zu begünstigen[h]). Uebrigens geben sowohl diese, als die unter 1. 2. gestellten Vorschriften den Kindern erster Ehe im Fall der zweiten Ehe ein Recht, welches ihnen nicht durch Dispositionen Anderer, auch nicht des ersten Ehegatten selbst, entzogen werden kann[i]).

4) Der parens binubus (es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, dieß auf den Vater zu beschränken, wie es von Vielen geschieht) verliert die Befreiung von der Caution für Vermächtnisse, die er an seine Kinder zu prästiren hat[k]).

5) Den Einfluß der zweiten Ehe der Mutter auf die Revocation von Schenkungen an die Kinder erster Ehe s. §. 70.

6) Ist die Mutter Vormünderin ihrer Kinder, und schließt sie eine zweite Ehe, ehe sie den Kindern einen andern Vormund erbeten, Rechnung gelegt, und was sie aus der Vormundschaft schuldig ist, geleistet hat, so erleidet sie die Nachtheile, welche auf die Ehe vor Ablauf eines Jahres nach Auflösung der früheren gesetzt sind (vergl. §. 429)[l]).

---

g) L. 6 (hac edictali) C. de sec. nupt. (5. 9), Nov. 22 c. 27. 28.

h) L. 19 C. de don. ante nupt. (5, 3), Nov. 22 c. 31.

i) Vgl. Glück, Comment. XXIV S. 163 ff.

k) L. 6 §. 1 C. ad S. C. Trebell. (6, 49), Nov. 22 c. 41. Auch hier will Marezoll a. a. O. S. 372 ff. den Satz einschränken auf ein Universalfideicommiß, welches Vater oder Mutter des binubus diesem zum Besten seiner Kinder auferlegt haben, als wovon Zeno in L. 6 cit. allein spreche, der weitere Ausdruck der Novelle sey als eine ungenaue Relation zu betrachten. Aber soweit die Befreiung des parens von der Caution geht, so weit geht auch der Verlust der Befreiung durch die zweite Ehe.

l) Nov. 22 c. 40. Nov. 94 c. 2.

7) Die Mutter verliert durch die zweite Ehe, wie die Vormundschaft, so auch den Anspruch auf Erziehung der Kinder[m]).

5. Bestrafung der vorzeitigen Schließung einer zweiten Ehe[a]).

§. 429.

Wenn durch die Schließung der zweiten Ehe eine Ungewißheit über die Paternität der Kinder (turbatio sanguinis) entstehen kann, und dieß wird angenommen, wenn sie innerhalb zehn Monaten nach Auflösung der früheren (sey es durch den Tod des Manns oder durch Scheidung) erfolgt, es hätte denn eine Niederkunft die Möglichkeit jener turbatio beseitigt, so sollen die an einer solchen Eheschließung Theilnehmenden nach dem prätorischen Edict infam werden[b]), nach neueren Gesetzen verliert die Frau überdieß alles, was sie vom ersten Mann erhalten hat, an die Descendenten, Ascendenten, oder Collateralen desselben bis zum zweiten Grad, in Ermangelung solcher an den Fiscus; sie kann dem zweiten Mann auf keine Weise mehr als ein Drittheil ihres Vermögens zuwenden; sie wird unfähig, aus einer Schenkung oder einem letztwilligen Rechtsgeschäft etwas zu erwerben, und ab intestato jemanden, dem sie nicht wenigstens im dritten Grade verwandt ist, zu beerben. Sind Kinder aus der ersten Ehe vorhanden, so treten natürlich über diese Strafen noch die allgemeinen Folgen der zweiten Ehe ein, ferner aber sollen ihr jene Strafen selbst nicht durch Concession des Regenten erlassen werden können, wofern sie nicht sofort die Hälfte ihres Vermögens vollständig, nicht bloß der Proprietät nach, den Kindern überliefert[c]). Die Zeit der gebotenen Ehelosigkeit ist für die Wittwe von zehn Monaten auf ein Jahr erhöht worden[d]). Dadurch haben diese Vorschriften ihren früheren Zusammenhang mit der Fürsorge für die Gewißheit der Paternität verloren, und den Charakter von Strafgesetzen gegen die Verletzung

m) Nov. 22 c. 38.

a) Vgl. Rudorff, Grundriß zu Vorl. über d. gem. Civilr. (1843) §. 379.

b) L. 1. 11 D. de his qui not. inf. (3, 2), L. 8 §. 4 L. 9 C. de repud. (5, 17).

c) Nov. 22 c. 22, vgl. L. 1. 2 C. de sec. nupt. (5, 9), L. 4 C. ad S. C. Tertull. (6, 58).

d) L. 2 C. de sec. nupt. (5, 9).

des Anstandes und der guten Sitte angenommen. Dem zufolge hat Justinian dieselben Strafen auf die Geburt eines Kindes innerhalb des ersten Jahres gesetzt, von dem es gewiß ist, daß es nicht von dem verstorbenen Mann kommt[e]).

Die Praxis hat, unterstützt von dem canonischen Recht[f]), diese auf die Verletzung des Trauerjahrs gesetzten Strafen beseitigt[g]), und nur die Bestrafung der Unzucht innerhalb dieses Jahrs durch Verlust der lucra nuptialia beibehalten[h]).

Zweites Kapitel.

Das elterliche und Kindes-Recht.

---

1. Anerkennung der Kinder[a]).

§. 430.

Das Kindesrecht enthält den Anspruch auf Anerkennung und zwar thätige Anerkennung gegen die Eltern[b]), der mit der actio de liberis agnoscendis et alendis (actio de filiatione) geltend gemacht wird. Diese Klage hat das Kind selbst, aber auch die Mutter kann sie anstellen gegen den Vater, der die Anerkennung verweigert (actio de partu agnoscendo), sowohl wegen eines während der Ehe[c]), als nach der Scheidung geborenen Kindes. Für diesen letzteren Fall hat das senatusconsultum Plancianum eine Denuntiation der Schwangerschaft innerhalb dreißig Tagen nach der Scheidung an den Mann, oder den, in dessen väterlicher Gewalt er sich befindet, oder, wenn sie nicht gegenwärtig sind, in

e) Nov. 39 c. 2.

f) c. 4. 5 X. de sec. nupt. (4, 21).

g) Vgl. Glück, Comment. XXIV S. 197 ff.

h) Vgl. Pufendorf, observ. IV. 214. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen II. 60.

a) Dig. XXV. 3: de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis.

b) Auch gegen den Großvater, wenn das Kind in das unmittelbare Kindesverhältniß zu ihm tritt, L. 3 §. 2 D. h. t. Ueber die Beschränkung des Anspruchs auf den ehelichen Vater und Großvater s. §. 41.

c) L. 3 §. 1 eod.

ihr Haus vorgeschrieben[d]). Die Versäumung dieser Vorschriften entzieht der Frau die Klage[e]), ohne dem Kind selbst zu präjudiciren[f]). Auf jene Denuntiation kann sodann der Mann seine Nichtanerkennung erklären, oder dieß einstweilen dahin gestellt seyn lassen, und Custodes zur Untersuchung der Schwangerschaft und Sicherung gegen Unterschiebung senden, oder auch beides thun. Unterläßt er es, so ist er zur Alimentation verpflichtet, kann aber dessenungeachtet die Kindeseigenschaft des Geborenen bestreiten[g]). Besondere Vorschriften hat der Prätor gemacht für den Fall, wenn die Frau nach dem Tode des Mannes schwanger zu seyn behauptet[h]).

2. Elterliches Recht[a]).

§. 431.

Die Ehrfurcht, welche die Kinder den Eltern schuldig sind, hat im Recht die Wirkung, daß kein famoses oder ausdrücklich auf Dolus sich gründendes Rechtsmittel gegen die Eltern zuläßig ist[b]), das iusiurandum calumniae nicht von ihnen gefordert werden kann[c]), und daß sie die Rechtswohlthat der Competenz haben[d]). Aber pietatem liberi parentibus, non operas debent[e]). Das elterliche Recht steht der Mutter, wie dem Vater zu; hinsichtlich der Erziehung aber gilt der Wille des Mannes schlechthin auch als der der Frau. Dieses Vorrecht des Vaters wird namentlich auch bey der Scheidung wirksam, und er wird gegen einen Versuch, ihm ein Kind, mit dem die Frau schwanger ist, zu entziehen, gesichert[f]).

---

d) L. 1 §. 1 eod.

e) L. 1 §. 6. 7. 10 eod.

f) L. 1 §. 8. 15 eod.

g) L. 1 §. 4. 5. 11. 12. 15. 16 eod.

h) Dig. XXV. 4: de inspiciendo ventre custodiendoque partu. S. das Edict in L. 1 §. 10 eod.

a) Dig. XXXVII. 15: de obsequiis parentibus et patronis praestandis. Cod. V. 24: divortio facto apud quem liberi morari et educari debeant.

b) L. 2. 5. 7 §. 2 D. h. t.

c) L. 7 §. 3 eod.

d) L. 7 §. 1 eod. Diesen Grund hat die Competenz wenigstens in ihrer ursprünglichen Bedeutung.

e) L. 10 eod.

f) L. 1 pr. §. 1—9 D. de inspic. ventre (25, 4).

Nur wenn der Mann Schuld an der Scheidung, oder wenn er arm ist, werden die Kinder bey der Mutter, im ersten Fall auf seine Kosten, erzogen, so lange sie nicht zur zweiten Ehe schreitet[g]).

Drittes Kapitel.

Die väterliche Gewalt[a]).

Natur der patria potestas.

§. 432.

Die väterliche Gewalt giebt das Zuchtrecht über den Unterworfenen, eine disciplinarische Macht über seine persönlichen Zustände[b]), mit dem darauf zurückzuführenden Recht der Vormundsbestellung (§. 338) und der Zustimmung zur Verheirathung[c]), ferner dem Recht der Pupillarsubstitution (§. 478); darauf ist im heutigen Recht die persönliche Seite des Inhalts der väterlichen Gewalt, die in dem ältesten römischen Recht eine fast unbedingte Macht über die Existenz des Kindes in sich schloß, reducirt. In dieser Beziehung ist daher die väterliche Gewalt nur ein gesteigertes elterliches Recht, und es ist denn auch dieser Inhalt ihrem Begriff so wenig wesentlich, daß er von ihr, ohne Aufhebung derselben, getrennt seyn könnte, wie es hinsichtlich des Erziehungsrechts in Folge einer Scheidung wegen Schuld des Mannes wirklich geschieht (§. 431 a. E.)

Der eigenthümliche Charakter der patria potestas besteht in ihrem Einfluß auf das Vermögen, dem Erwerb des Vaters durch das Kind, und dieß ist auch das Moment, wodurch sie die Persönlichkeit des Unterworfenen beschränkt (§. 118). Man hat diesen wesentlichen Inhalt der väterlichen Gewalt als unitas personae

---

g) L. 3 §. 5 D. de lib. exhib. (43, 30), L. un. C. h. t. (5, 24), Nov. 117 cap. 7. (Sarwey, über das Recht der Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe: Archiv für civ. Pr. XXXI. 14 [1848] XXXII. 1 [1849]. R.)

a) Inst. I. 9. Cod. VIII. 47: de patria potestate. Dig. I. 6: de his qui sui vel alieni iuris sunt.

b) L. 3 C. h. t. (8, 47), vgl. L. un. C. de emend. propinqu. (9, 15).

c) L. 2 D. de ritu nupt. (23, 2).

des Vaters und Sohns bezeichnet, ein Ausdruck, der durch eine beiläufige und nicht hieher gehörige Phrase Justinian's veranlaßt[d]), und in seiner Unbestimmtheit eher geeignet ist, Irrthümer zu erzeugen, als eine richtige Vorstellung von dem Verhältniß, das er bezeichnen soll, zu geben.

Gegen einen Dritten, der die väterliche Gewalt durch Vorenthaltung des Unterworfenen oder seines Vermögens verletzt, hat der Vater eine Vindication nach Analogie der rei vindicatio[e]), das interdictum de liberis exhibendis[f]), das int. de liberis ducendis als prohibitorisches Interdict[g]). Gegen den selbst, über welchen die väterliche Gewalt behauptet wird, und der sui iuris zu seyn behauptet, findet eine actio praeiudicialis (actio de patria potestate) Statt. Der Kläger hat bey diesen Klagen die Entstehung der väterlichen Gewalt, wenn sie bestritten wird, der Beklagte sodann die von ihm behauptete Endigung derselben zu beweisen. Als Beweis der Endigung gilt es aber auch, wenn der Vater den Sohn lange hat selbstständig leben lassen[h]).

---

d) L. 11 C. de impub. subst. (6, 26): — alia applicata dubitatione, si quis heredem ita scripserit: Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto; et in praesenti enim specie quaerebatur secundum Ulpianum voluntas testantis: utrumne Titium una cum filiis suis in dimidiam vocet et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem? Nobis autem — videtur — cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis suis, alteram autem partem Sempronio adsignari. Vgl. §. 4 I. de inut. stip. (3, 19): — quia vox tua tanquam filii sit, sicut filii vox tanquam tua intelligitur in his rebus quae tibi adquiri possunt, woraus man eben so gut eine unitas oris hätte ziehen können.

e) L. 1 §. 2 D. de R. V. (6, 1): Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro XXXVII, nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum vel in potestate ex iure romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse, ait enim. adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

f) Dig. XLIII. 30: de liberis exhibendis, item ducendis, Cod. VIII. 8,

g) L. 3 D. eod. — Die Mutter, wenn sie das Recht hat, die Kinder bey sich zu haben (§. 431 a. E.), hat nicht diese Interdicte, sondern eine extraordinaria persecutio, L. 2. 3 C. de lib. exh. (8, 8).

h) L. 1 C. de p. p. (8, 47). — Nicht hieher gehört die s. g. actio de p. p. negativa §. 121 Note b.

Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen[a]).

§. 433.

Nach altem römischem Recht ist ein der väterlichen Gewalt Unterworfener eigenen Vermögens schlechthin unfähig. Was er erwirbt, erwirbt er dem Vater. Was ihm der Vater zur Verwaltung überläßt, gehört nicht ihm, sondern dem Vater, von dessen Vermögen es nur factisch abgesondert ist. Diese factische Absonderung wird durch den Namen peculium ausgedrückt: Güter des Vaters, die mit seinem Willen in den Händen und der Verwaltung des Kindes sind[b]). Die Möglichkeit des Erwerbs durch den der väterlichen Gewalt Unterworfenen ist ungeschmälert geblieben, aber die Nothwendigkeit dieses Erwerbs ist durch das spätere Recht sehr modificirt worden. Vor allem wurde eine Ausnahme für den militärischen Erwerb gesetzt, den der Sohn wie ein Paterfamilias für sich machen soll. Die römischen Juristen nennen dieses Vermögen peculium castrense[c]), nicht ganz eigentlich, aber deswegen, weil durch jenes singuläre Soldatenrecht das Recht des Vaters nur suspendirt war, und der Vater, wenn der Sohn ohne die ihm zugestandene Verfügung über diese Güter starb, sie wie ein von ihm concedirtes Peculium einzog. Dasselbe gilt von anderem Erwerb, auf welchen jenes militärische Recht ausgedehnt ward, peculium quasi castrense. Im neuesten Recht ist jenes Recht des Sohns ein definitives, der Anfall an den Vater iure peculii gänzlich aufgehoben, und darum jeder Grund weggefallen, jene Güter noch peculium zu nennen. Ferner ist der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen durch die Bestimmung beschränkt worden, daß das Kind gewisse Erwerbungen zu eigen machen, der Vater an solchen Gütern nur den Nießbrauch und die Verwaltung haben solle. Dieß hat Constantin für das Muttergut festgesetzt, nachher

---

a) Inst. II. 9: per quas personas nobis adquiritur.

b) Quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, L. 5 §. 4 D. de pecul. (15, 1), L. 6 eod.

c) Im Gegensatz dazu nennen sie jenes erste Peculium peculium in paganis, das aber auch schlechthin unter dem Wort peculium ohne Zusatz verstanden wird. Der Name peculium profecticium (quod a patre proficiscitur), welchen die Neuern dem peculium in paganis geben, ist völlig überflüssig, da es nach dem neuern Recht in der That das einzige Peculium ist, also einer besonderen Bezeichnung gar nicht mehr bedarf.

ist es auf andere Erwerbungen ausgedehnt, endlich von Justinian für alles, was das Kind nicht ex substantia patris erwirbt (sofern es nicht zu den bona castrensia vel quasi gehört), angeordnet worden[d]).

So ist also die Regel des neuesten Rechts die: was der Unterworfene erwirbt, erwirbt er sich zu eigen, dem Vater zu Nießbrauch und Verwaltung, bona adventicia[e]). Davon macht sodann eine Ausnahme der Erwerb ex substantia patris, den er vollständig dem Vater[f]), und der unter den Begriff der bona castrensia, quasi castrensia und s. g. adventicia irregularia fallende Erwerb, den er vollständig sich macht. Doch hat die väterliche Gewalt immer noch den Einfluß, daß, wenn dem Sohn ein solcher Erwerb deferirt, und von ihm ausgeschlagen wird, der Vater ihn für sich machen kann[g]). Aus allem diesem geht denn auch hervor, daß

d) Man nennt diese Güter adventicia, ein Name, der theils nach der Analogie von dos adventicia und profecticia, theils nach sonstigem Sprachgebrauch der Römer (s. L. 28 D. de reb. auct. iud. [42, 5] verbis: quoniam id ex adventicio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit) den Begriff dieser Güter nach justinianischem Recht passend bezeichnet, und daher beizubehalten ist, obwohl er im R. R. noch nicht in dieser Anwendung vorkommt. Dagegen ist die Bezeichnung dieser Güter als peculium durchaus falsch und begriffsverwirrend (vgl. Hugo, civ. Mag. V. 19 [1825] VI. 4 [1827]). Diese Güter sind bona, nicht peculium, vgl. L. 182 D. de V. S. (50, 16). Man hat für den Sprachgebrauch, alle Güter eines der väterlichen Gewalt Unterworfenen, und also auch die Adventicien peculium zu nennen, die bona castrensia angeführt, aber der Grund, aus welchem diese als peculium bezeichnet worden sind (s. oben), fällt hier weg; ferner Fragm. Vat. §. 112. 254, wo die der Frau zum Gebrauch vorbehaltenen Güter peculium genannt würden, aber entweder ist dort von einer Frau in manu die Rede, und dann war wirklich ein Analogon des wahren Peculium vorhanden, oder von einer gewaltfreien, dann würde für den quästionirten Sprachgebrauch (der das Peculium doch immer nur für Personen in Gewalt behauptet) nichts daraus folgen. Das schwächste Argument endlich ist, daß in L. 3 C. de bon. quae lib. (6, 61) von den Adventicien gesagt werde, sie sollten nicht iure peculii an den Vater fallen, indem daraus vielmehr umgekehrt hervorgeht, daß sie nur, wenn dieser Anfall zugelassen würde (wie früher bey den bona castrensia), allenfalls peculium genannt werden könnten.

e) L. 6 pr. C. de bonis quae lib. (6, 61).

f) pr. §. 1 I. per quas pers. nob. adquir. (2, 9). Man kann dieß allenfalls profecticium nennen, nur ist nicht alles so erworbene Gut peculium (§. 434).

g) L. 8 pr. §. 2 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

das, was ein Filiusfamilias hat, er entweder bloß factisch hat, nicht rechtlich (peculium), oder bloß rechtlich, nicht factisch (adventicia), oder factisch und rechtlich zugleich (bona castrensia, quasi castrensia, adventicia irregularia).

Peculium [a]).

§. 434.

Zur Existenz eines Peculiums ist vor allem die concessio peculii von Seiten des Vaters, die aber auch stillschweigend geschehen kann [b]), worin jedoch nicht schon an und für sich die libera administratio, und damit die Veräußerungsbefugniß liegt [c]), sodann aber auch die Ausführung dieses Willens, wodurch es in die Hände des Sohns kommt, erforderlich [d]). Es hört auf, sowie der Vater den entgegengesetzten Willen hat [e]). Es verbleibt dem Sohn, wenn der Vater es bey der Emancipation nicht zurück-

---

a) Dig. XV. 1: de peculio. (Marezoll, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. V. 4 [1848]. R.)

b) L. 4 pr. §. 2 eod.: Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem (suum a servi ratione) discernens; nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit. — Ex his apparet, non quid servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quid volente; alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum. L. 7 §. 1. 2 L. 40 eod. Das peculium wird vermehrt durch das, was der Sohn peculii nomine erwirbt, so auch durch Schenkungen vom Vater, L. 31 §. 2 D. de donat. (39, 5). Bey einer filiafamilias ist von dem Peculium, das auch sie natürlich haben kann, zu unterscheiden die dos profecticia, diese ist ipsius filiae proprium patrimonium, L. 3 §. 5 D. de minor. (4, 4), abscessit enim a bonis patris, L. 9 D. de dot. coll. (37, 7).

c) L. 7 §. 1 L. 46. 48 D. h. t. (15, 1). Inhalt der administratio, L. 7 D. de donat. (39, 5).

d) L. 8 D. h. t. (15, 1): Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simulatque noluit, peculium servi desinit peculium esse. Eben wegen der factischen Natur der Absonderung vom übrigen Vermögen des Vaters ist dieß nothwendig.

e) L. 8 cit. (Note d). Nicht die positive Fortdauer des Willens ist zur Fortdauer des Peculiums nöthig, L. 7 §. 1 eod.

nimmt[f]), und nach einer singulären Bestimmung, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag nimmt[g]), was weder auf den Fall der Confiscation, noch auf andere Gläubiger ausgedehnt werden darf.

Castrensia vel quasi castrensia bona[a]).

§. 435.

Was ein filiusfamilias miles vermöge seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt, oder mit solchen Gütern weiterhin sich verschafft[b]), das hat er, auch nachdem er aufgehört hat Soldat zu seyn[c]), wie ein Paterfamilias, so daß seine Eigenschaft als Filiusfamilias in Beziehung auf diese bona castrensia nirgends in Betracht kommt[d]), auch nicht nach seinem Tod[e]) und im Fall einer Confiscation[f]).

---

f) L. 31 §. 2 D. de donat. (39, 5). Aber es liegt darin keine Universalsuccession, L. 53 D. h. t. (15, 1). Nach Nov. 81 c. 1 soll der Sohn das Peculium auch behalten, wenn er durch dignitas frey wird, vgl. Marezoll, Archiv für civ. Pr. VIII S. 281 ff.

g) L. 3 §. 4 in f. D. de minor. (4, 4), vgl. L. 1 §. 4 D. quando de pec. actio annal. (15, 2).

a) Dig. XLIX. 17: de castrensi peculio. Cod. I. 3: de episcopis et clericis — et privilegiis eorum et castrensi peculio —. XII. 31: de castrensi omnium palatinorum peculio. 37: de castrensi peculio militum et praefectorianorum.

b) L. 3. 5. 6. 11. 16 §. 1 L. 19 D. h. t. (49, 17), L. 1. 4 C. de castr. pec. mil. (12, 37), L. 4 C. fam. erc. (3, 36), L. 8 D. h. t.: Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filiofamilias donaverit quid vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat, an possit castrensi peculio adgregari? Et non puto. Veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit. L. 16 pr. eod.: Dotem filiofamilias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. Nec ea res contraria videbitur ei quod D. Hadriani temporibus filiumfamilias militem uxori heredem exstitisse placuit, et hereditatem in castrense peculium habuisse, nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus qui sunt in avi familia, confertur. Vgl. L. 13 eod.

c) L. 17 §. 1 eod.

d) L. 4 D. de iudic. (5, 1), L. 2 D. ad S. C. Maced. (14, 6), L. 2 pr. D. de contr. emt. (18, 1), pr. I. quib. non est perm. test. fac. (2, 12).

e) Nov. 118 c. 2. Ueber das ältere Recht s. L. 1. 2. 17 D. h. t. (49, 17), L. 10 pr. D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

f) Nov. 134 c. 13, vgl. wegen des älteren Rechts L. 3 C. de bon. proscr. (9, 49).

Den bona castrensia ist gleichgestellt worden (bona quasi castrensia)[g]) 1) was der Sohn durch ein öffentliches Amt oder Advocatur[h]), 2) was er als Geistlicher auf irgend eine Art erwirbt[i]), 3) ein Geschenk von dem Fürsten oder seiner Gemahlin[k]).

Adventicia[a]).

§. 436.

Dem Erwerb von Vermögensrechten, sofern er nicht vom Vater oder aus dem Vermögen des Vaters kommt, steht die väterliche Gewalt nicht mehr entgegen[b]). Jedoch hat der Vater, wenn es nicht bona castrensia vel quasi sind, den Nießbrauch an dem, was die Kinder zu eigen erwerben. Mit diesem Nießbrauch ist ein Verwaltungsrecht (gubernatio) verknüpft[c]), worin aber keine Veräußerungsbefugniß, außer im Fall der Nothwendigkeit, und wo das Behalten Nachtheil bringen würde, liegt[d]); auf der andern

---

g) L. ult. C. de inoff. test. (3, 28).

h) L. 7 C. de adsess. (1, 51), L. 4. 14 C. de advoc. div. iud. (2, 7), L. ult. C. de castr. pec. mil. (12, 37). Streitig, ob auf die Bestimmung des Umfangs die Grundsätze von dem Erwerb der Soldaten anwendbar sind, ob also jeder durch das Amt auch nur vermittelte Erwerb hieher gehört; dafür Löhr, Archiv für civ. Pr. X S. 177 ff. (1827), dagegen Marezoll, Zeitschrift für Civilr. u. Civilpr. VIII S. 130 ff. (1834).

i) L. 34 C. de episc. et cler. (1, 3), Nov. 123 c. 19. Streitig, ob auch das ex re patris Erworbene, dafür Löhr a. a. O. S. 164 Note 6, dagegen unter vielen Andern Marezoll a. a. O. S. 125 ff.

k) L. 7 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

a) Cod. VI. 60: de bonis maternis et materni generis. 61: de bonis quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur, et eorum administratione. Marezoll, Revision der Lehre von den s. g. Adventicien, Zeitschr. f. Civilr. VIII. 2. 6. 9 (1834) XIII. 9 (1839).

b) L 6 pr. §. 1 L. 8 pr. C. de bon. qu. lib. (6, 61): — post novellam nostri numinis legem quae omnia quae extrinsecus ad filiosfamilias perveniunt, et non ex paterna substantia sunt, non esse adquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usumfructum — —. Die Controverse über das, was ein Dritter dem Sohn aus Rücksicht auf den Vater giebt (Marezoll a. a. O. VIII S. 264 ff.), hätte gar nicht entstehen sollen: es kommt lediglich darauf an, ob der Dritte dem Vater oder dem Sohn das Eigenthum bestimmt hat; im letztern Fall ändert es nichts, daß er sich dadurch hat bewegen lassen, daß der Begünstigte der Sohn dieses Vaters war.

c) L. 6 §. 2 C. eod.

d) L 1 C. de bon. mat. (6, 60) cum Auth., L. 7 §. 3—5 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

Seite hat er zwar die Pflichten eines Usufructuars, und namentlich die zur diligentia[e]), nicht aber die der Cautionsleistung, und kann auch während der Dauer seines Rechts nicht zur Verantwortung wegen schlechter Verwaltung gezogen werden[f]). Bey Processen soll die Zustimmung des mündigen Sohns erholt werden[g]). Dieses Rechtsverhältniß endigt sich mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß es ist[h]).

§. 437.

Aber auch das Recht des Nießbrauchs und der Verwaltung kann dem Vater entzogen seyn, ohne daß darum dem Sohn die Stellung eines Paterfamilias (wie bey den castrensia und quasi castrensia) zukommt[i]); solche Güter nennt man adventicia irregularia oder extraordinaria[k]). Adventicium irregulare ist 1) was

---

e) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60).

f) L. 6 §. 2 L. 8 §. 4 C. de bon. quae lib. (6, 61). Viele Juristen verstehen die Befreiung von aller Rechenschaft selbst für die Zeit nach Beendigung des Nießbrauchs, und dieß hält mit Recht Marezoll a. a. O. S. 388 ff. für einen Widerspruch mit der in L. 1 cit. (Note e) ausgesprochenen Pflicht zur diligentia. Er will daher einen Unterschied machen zwischen den bona materna und den übrigen Adventicien, der aber weder in der Sache, noch in den angeführten Gesetzen begründet ist.

g) L. 8 §. 2 C. de bon. qu. lib. (6, 61). Marezoll a. a. O. S. 372 will diese Vorschrift ohne genügenden Grund auf die eine angefallene Erbschaft betreffenden Processe beschränken. Es wäre nicht abzusehen, warum der Sohn, der allerdings bey der Annahme der Erbschaft zu consentiren hat, bey den in Folge der schon geschehenen Annahme zu führenden Processen wieder zu consentiren hätte, wenn dieß nicht eine allgemeine Regel wäre.

h) Mit dem Tod des Kindes, Nov. 118 c. 2, wodurch L. 7 §. 1 C. ad S. C. Tertull. (6, 56) antiquirt ist, Nov. 118 c. 1. Emancipation: praemium emancipationis, L. 6 §. 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 3 C. de bon. mat. (6, 60). Controverse über das Schicksal der Adventicien bey der Adoption. Wening, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 17 (1828) und Marezoll, das. XIII S. 212 ff. vgl. S. 172 ff. (1839), haben die Meinung aufgestellt und zu vertheidigen gesucht, daß die datio in adoptionem das Recht des bisherigen Vaters nicht aufhebe.

i) Wegen der Verwaltung s. Nov. 117 c. 1 §. 1, L. 8 pr. §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

k) Daß sie von den bona quasi castrensia unterschieden werden müssen, zeigt sich darin, daß ein adventicium irregulare durch den Willen des Gebers

dem Sohn mit dieser Bestimmung gegeben wird[l]); 2) was er wider Willen des Vaters erwirbt[m]); 3) die Erbschaft, die dem Sohne eines Furiosus anfällt[n]); 4) der Erbtheil des Sohns, der mit dem Vater zugleich Geschwister ab intestato beerbt[o]); 5) das Fideicommiß, das der Vater dem Sohn wegen untreuer Behandlung sofort restituiren muß[p]).

Die Frage, nach welchen Grundsätzen Pathengeschenke zu beurtheilen sind, entscheidet sich theils nach der Person, theils nach der Intention des Gebers[q]).

Von Rechtsgeschäften zwischen Vater und Sohn[a]).

§. 438.

Der Vater kann auf den Sohn kein Recht übertragen, und eben so umgekehrt, es ist auch keine Obligatio und kein Proceß zwischen ihnen möglich[b]). Eine Schenkung des Vaters an das Kind ist daher nichts als Concession oder Vermehrung eines Peculiums (§. 434)[c]), doch hat die Gabe mit dem animus donandi vor dem gewöhnlichen Peculium das voraus, daß die Schenkung beim Tod des Schenkers ohne Willensänderung convalescirt[d]).

---

entstehen kann, der die Eigenschaft eines Paterfamilias nicht zu geben vermag. Es könnte also nur hinsichtlich einzelner Fälle gefragt werden, ob sie zu der einen oder der andern Classe gehören.

l) Nov. 117 c. 1.

m) L. 8 pr. §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

n) L. 52 pr. D. de adqu. her. (29, 2).

o) Nov. 118 c. 2.

p) L. 50 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

q) Vgl. wegen der abweichenden Ansichten Boehmer, ius eccl. prot. II. 42, 44—47. Marezoll, Zeitschr. für Civilr. VIII S. 276 ff.

a) Cod. V. 16: de donationibus inter vir. et ux. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. Pfordten, Abhandlungen (1840) 2.

b) L. 4. 11 D. de iudic. (5, 1), L. 2 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 7 D. de O. et A. (44, 7), L. 16 D. de furt. (47, 2), L. 7 §. 3 D. de iniur. (47, 10), §. 6 I. de inut. stipul. (3, 19). Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II §. 219 Note r.

c) L. 1 §. 1 D. pro don. (41, 6), L. 11 C. de donat. (8, 54), L. 31 §. 2 D. eod. (39, 5).

d) L. 25 C. de don. inter vir. (5, 16), L. 18 pr. C. fam. erc. (3, 36).

Dadurch aber, daß der Vater dem Sohn ein Peculium gegeben hat, zu welchem auch Forderungen gehören können, kann der Sohn Gläubiger und Schuldner des Vaters werden, indem die factische Absonderung von dem übrigen Vermögen des Vaters bewirkt, daß durch Peculiarforderungen das Peculium vermehrt, durch Schulden an den Vater vermindert wird. Während der väterlichen Gewalt äußern diese obligatorischen Verhältnisse eine Wirkung nur gegenüber andern Personen[e]), nach Endigung der Gewalt wirken sie zwischen Vater und Kind selbst, doch nur als naturales obligationes und mit Rücksicht auf das Schicksal des Peculiums, auf das sie sich gründen, ebenso die Obligationen unter den in derselben Gewalt stehenden Personen[f]). Alles dieß gilt nicht von den bona castrensia vel quasi, in Beziehung auf welche der Sohn auch dem Vater gegenüber als paterfamilias betrachtet wird (§. 435).

---

e) §. 277 Note h. n, L. 56 §. 1 D. de fideiuss. (46, 1): — — patre a filio vel domino a servo stipulato fideiussor acceptus tenetur.

f) African. L. 38 pr. §. 1. 2 D. de cond. indeb. (12, 6): Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit; quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur; porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. (§. 1) Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum; nam manere naturalem obligationem, argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset. (§. 2) Contra si pater, quod filio debuisset, eidem emancipato solverit, non repetet, nam hic quoque manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur, quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

II. Entstehung der patria potestas.

A. Durch Geburt.

§. 439.

Die Geburt bringt den in einer rechtlich gültigen Ehe Geborenen in die väterliche Gewalt des Erzeugers, oder, wenn dieser selbst in väterlicher Gewalt ist, seines Vaters[a]).

B. Durch Legitimation[a]).

§. 440.

Concubinenkinder, nach heutigem Recht uneheliche Kinder überhaupt[b]), können in die väterliche Gewalt ihres Vaters kommen 1) durch nachherige Ehe zwischen diesem und der Mutter (legitimatio per subsequens matrimonium)[c]), vorausgesetzt daß die Paternität durch Anerkennung von Seiten des Vaters außer Zweifel gesetzt ist[d]); 2) durch Concession des Regenten (legitimatio per rescriptum principis) auf Gesuch des Vaters[e]), oder wenn dieser seinen Wunsch im Testament ausgedrückt hat, der Kinder oder ihrer Mutter[f]). Die Beschränkung dieser Legitimationsart

---

a) L. 4. 5 D. de his qui sui (1, 6), pr. I. de p. p. (1, 9), §. 12 I. de nupt. (1, 10), L. 11 C. de nat. lib. (5, 27).

a) Cod. V. 27: de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiantur. Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe 1832.

b) Cap. 1. 6. 13 X. qui filii sint legit. (4, 17). Gegen die Versuche, diese Ausdehnung schon im justinianischen Recht nachzuweisen, s. R. Schneider, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XII. 10, 1. Controverse über die Ausdehnung der Legitimation auf ex damnato coitu procreati: dagegen Schrader, Abhandl. aus dem Civilr. I. 1 (1808), dafür die Meisten, so auch Dieck a. a. O.

c) L. 10. 11 C. h. t. (5, 27), Nov. 12 c. 4, Nov. 89 c. 8. Die Vorschrift der Eheschließung mit Errichtung von instrumenta dotalia (um die Gewißheit der Ehe herzustellen) ist dadurch beseitigt, daß im heutigen Recht für die Eingehung jeder Ehe eine bestimmte Form vorgeschrieben ist.

d) Davon ist zu unterscheiden die erklärte Absicht zu legitimiren, die bey dieser Art der Legitimation nicht erforderlich ist.

e) Nov. 74 c. 1. 2, Nov. 89 c. 9.

f) Nov. 74 c. 2, Nov. 89 c. 10. Dieß ist es, was man unpassend leg. per testamentum genannt hat. Eben so wenig giebt es eine sog. leg. per nuncupationem; Nov. 117 c. 2, die zu diesem Ausdruck Anlaß gegeben hat, enthält nur eine Präsumtion der Ehelichkeit. Endlich ein ganz von dem hier

auf den Fall der Nichtexistenz ehelicher Descendenz wird heutzutage nicht mehr beobachtet; eine Verschweigung aber ihrer Existenz macht das Rescript zu einem erschlichenen und darum nichtigen. Die Entstehung der väterlichen Gewalt setzt immer die Einwilligung der willensfähigen Kinder voraus[g]), auch bey der Legitimation durch nachfolgende Ehe; nur die Rechte der ehelichen Geburt überhaupt (nämlich zunächst die, welche sich auf römisches und canonisches Recht gründen) macht das canonische Recht zu einer durchaus unwillkürlichen Folge der nachfolgenden Ehe[h]).

C. Durch Adoption[a]).

§. 441.

Die väterliche Gewalt kann auch rein willkürlich entstehen, durch ein Rechtsgeschäft, welches diesen Zweck hat, und jemanden zum Vater machen kann, der es natura nicht ist, entweder einer Person, die bisher schon der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen war, adoptio im eigentlichen Sinn, oder einer gewaltfreien, arrogatio[b]). Die Wirkung der Adoption überhaupt ist die väterliche Gewalt, und damit der Eintritt in den Kreis der Agnaten des Adoptivvaters[c]), das durch die Adoption entstehende Kindesverhältniß mindert aber die Standesrechte des Adoptirten nicht[d]). Die Arrogation erstreckt sich auch auf die Kinder, die in der Gewalt des Arrogirten sind[e]). An dem Vermögen des Adoptirten hat der Adoptivvater die Rechte, welche der bisherige Gewalthaber hatte, die Güter des Arrogatus sind,

---

behandelten verschiedenes Institut ist die sog. leg. minus plena oder germanica, mit welchem Namen man eine restitutio famae, die Aufhebung des Makels der unehelichen Geburt bezeichnet hat.

g) Nov. 89 c. 11.

h) c. 6 X. qui filii sint leg. (4, 17).

a) Inst. I. 11. Dig. I. 7. Cod. VIII. 48: de adoptionibus. Inst. III. 10: de adquisitione per adrogationem. Ein Versuch abgesonderter Darstellung dieser Lehre: Schmitt, die L. von der Adoption 1825.

b) L. 1 D. h. t. (1, 7).

c) L. 23 eod., vgl. L. 44 eod.

d) L. 35 eod.

e) L. 2 §. 2 L. 15 pr. 40 pr. eod. Vgl. L. 27. 41 eod.

soweit sie nicht castrensischer oder quasicastrensischer Erwerb sind, als Adventicien zu behandeln[f]).

§. 442.

Die allgemeinen Erfordernisse der Adoption sind: 1) Fähigkeit des Adoptirenden eine Ehe zu schließen, daher Castraten nicht adoptiren können[g]). 2) Ein das des Adoptirten um wenigstens achtzehn Jahre (plena pubertas) überschreitendes Alter des Adoptirenden[h]). Auf dieses und das erste Erforderniß bezieht sich der Grundsatz: adoptio naturam imitatur, sie ist eine Nachahmung der natürlichen Entstehung der väterlichen Gewalt durch eheliche Erzeugung[i]), ein Grundsatz, der nicht weiter ausgedehnt werden darf. Denn so kann ein Unverheiratheter adoptiren[k]), ferner ein Zeugungsunfähiger[l]), und ein Enkel kann von jemandem adoptirt werden, der keinen Sohn hat[m]). 3) Ein Adoptirter, der aus der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters entlassen worden ist, kann nicht zum zweitenmal von ihm adoptirt werden[n]). 4) Der Adoptirte darf nicht ein uneheliches Kind des Adoptirenden seyn; ein solches in die väterliche Gewalt zu bringen, dafür ist die Legitimation bestimmt[o]). 5) Die Adoption kann nicht unter einer Bedingung, noch auf eine bestimmte Zeit geschehen[p]). Auch dieß läßt sich auf den Grundsatz: ad. naturam imitatur beziehen. 6) Sie kann nicht durch Stellvertreter geschehen[q]). 7) Die Adoption ist immer eine unter öffentlicher Autorität vorzunehmende Handlung, welcher von Seiten der Obrigkeit eine causae cognitio über die Existenz der Erfordernisse vorausgehen muß[r]). Sie ge-

---

f) L. 4 §. 2 D. de pecul. cast. (49, 17), §. 2 I. de adquis. per adrog. (3, 11), L. 10 pr. C. h. t. (8, 48).

g) §. 9 I. h. t. (1, 11).

h) L 40 §. 1 D. h. t. (1, 7). Die Meinung, wer einen Enkel adoptiren wolle, müsse 36 Jahre älter seyn, ist ganz ungegründet.

i) §. 4 I. eod., L. 16 D. eod.

k) L. 30 eod.

l) L. 2 §. 1 L. 40 §. 2 eod.

m) L. 37 pr. eod.

n) L. 37 §. 1 eod.

o) L. 7 C. de nat. lib. (5, 27), Nov. 89 c. 7.

p) L. 34 D. h. t. (1, 7).

q) L. 24. 25 §. 1 eod.

r) Wenigstens nach heutigem Recht pflegt jede Adoption als ein actus

schieht entweder a) vor dem competenten Richter, wobey auch keine weitere Form als die gewöhnliche gerichtlicher Handlungen, nämlich die Aufnahme des Geschäfts zu Protokoll, nothwendig ist[s]); diese Form ist zu beobachten, wenn jemand den seiner väterlichen Gewalt Unterworfenen in Adoption giebt; oder b) durch Rescript des Regenten; diese Form ist erforderlich, wenn ein homo sui iuris adoptirt werden soll[t]). Keine Adoption kann geschehen, wenn der Adoptirte widerspricht. Aber bey der eigentlichen Adoption (wo er in Adoption gegeben wird) braucht er nicht einzuwilligen, daher kann ein infans (der keinen Willen hat) adoptirt werden; zur Arrogation, wo er sich selbst in Adoption giebt, ist ebendeshalb seine Einwilligung, und wenn er unter Vormundschaft steht, auch die Zustimmung der Vormünder nothwendig[u]).

§. 443.

In gewissen Fällen ist die Adoption nur gestattet, wenn eine iusta causa nachgewiesen werden kann, welche nach dem Ermessen der competenten Behörde die Inconvenienz der Adoption in diesen Fällen beseitigt oder überwiegt. Diese Fälle sind: Adoption durch einen, der leibliche (oder auch wohl Adoptiv-) Kinder hat, und durch einen, der noch in dem Alter ist, daß er eher darauf denken mag, leibliche Kinder zu erzielen[v]).

Wenn diese Beschränkungen von jeder Adoption gelten, so giebt es bey der Arrogation insbesondere noch mehr solche Fälle, wo sie nur ex iusta causa gestattet werden darf. Während bey der eigentlichen Adoption der in Adoption gebende Vater für das

---

voluntariae iurisdictionis mixtae behandelt zu werden, vgl. Glück, Comm. II S. 375. 377. W. H. Puchta, Handbuch des gerichtl. Verf. in Sachen der freiw. Gerichtsb. I §. 37.

s) L. ult. C. h. t. (8, 48).

t) L. 2. 6 C. eod., L. 2 pr. D. eod. (1, 7).

u) L. 5. 8. 42 D. L. 10 pr. 11 C. eod., L. 5 C. de auct. praest. (5, 59).

v) L. 17 §. 2. 3 D. h. t. (1, 7). Diese Stellen auf die Arrogation (von der dort allerdings zunächst die Rede ist) zu beschränken, weil bey der eigentlichen Adoption die Mitwirkung des in Adoption gebenden Vaters jene Aufsicht der Obrigkeit ersetze, wie Vangerow (Leitfaden § 249) will, würde deswegen keinen Sinn haben, weil es dabey gar nicht bloß das Interesse des zu Adoptirenden ist, was die Entscheidung für oder gegen die Adoption bestimmen soll.

Wohl des Adoptirten sorgen wird, muß sich bey einer Arrogation die Obrigkeit besonders aufgefordert finden, darauf zu sehen, daß dieselbe dem Arrogirten nicht nachtheilig werde, und so muß sie auch erforderlichen Falls ihn durch Satisdation sicher stellen lassen[w]). Solche Fälle, wo die Arrogation nur ex iusta causa zu gestatten ist, sind: wenn der Vormund den Mündel, auch nach beendigter Vormundschaft, wofern der Arrogirte noch minderjährig ist, arrogiren will[x]), wenn ein Armer einen Reichen[y]), wenn ein noch nicht Sechzigjähriger[z]), wenn jemand Mehrere arrogiren will[aa]). Besondere Vorschriften sind gemacht für die Arrogation eines Unmündigen, welche nur gestattet werden soll, wenn aus der vorausgehenden genauen Untersuchung sich ergiebt, daß sie zum Besten des Arrogirten gereicht. Ueberdieß ist der Arrogator anzuhalten, unter Stellung hinreichender Bürgschaft sich zu verpflichten, das Vermögen des Arrogirten, wenn derselbe in der Unmündigkeit versterben würde, den Personen herauszugeben, an welche es ohne die Arrogation gefallen wäre, welche Verbindlichkeit übrigens auch besteht, wenn die Caution versäumt worden wäre[bb]).

Endlich hat Justinian noch die eigentliche Adoption (denn nur auf diese, nicht auf die Arrogation bezieht sich diese Bestimmung) in solchen Fällen beschränkt, wo sie den Kindern die Intestaterbschaft ihres leiblichen Vaters entziehen kann. Ein Vater kann seine leiblichen Söhne und Töchter, und auch seine weiteren leiblichen Descendenten, wofern dieselben durch seinen Tod sui iuris werden (also nicht unter die Gewalt eines Andern fallen) würden, nur einem (väterlichen oder mütterlichen) Ascendenten der Kinder in Adoption geben. Giebt er sie einem Andern in Adoption, so wird dadurch ihr Kindesverhältniß zu ihm nicht verändert, es ist keine wirkliche Adoption (nach dem gemeinen Sprachgebrauch heißt sie adoptio minus plena), sondern

w) L. 17 pr. §. 5 eod.

x) L. 17 pr. 32 §. 1 eod.

y) L. 17 §. 4 eod.

z) L. 15 §. 2 eod.

aa) L. 15 §. 3 eod.

bb) §. 3 I. h. t. (1, 11), L. 17 §. 1. 2 L. 18—20 D. eod. (1, 7), vgl. §. 562.

sie gehört zu den Handlungen, von denen im folgenden Paragraph die Rede ist[cc]). Die Frage, ob die Adoption des Extraneus eine vollkommene oder unvollkommene ist, entscheidet sich nach dem Verhältniß des Kindes zu dem in Adoption Gebenden, wie es beim Tod des letzteren, nicht bloß wie es zur Zeit der Adoption selbst war[dd]).

Von der einfachen Annahme an Kindesstatt.

§. 444.

Regelmäßig ist eine Annahme an Kindesstatt nur in der Form und mit den Erfordernissen und Wirkungen der Adoption zuläßig, die bloße Annahme von Pflegekindern (alumni) ist kein juristischer Act[a]). Zwey Fälle machen eine Ausnahme: 1) die s. g. adoptio minus plena (§. 443 a. E.), die dem Adoptirten ein Intestaterbrecht giebt, worauf sich aber auch ihre Wirkung beschränkt[b]); 2) wenn eine Frauensperson durch Rescript (in solatium liberorum amissorum) adoptirt, wodurch der Adoptirte zu ihr in das Verhältniß eines leiblichen Kindes tritt[c]). Dieses Verhältniß kann nur, wie es entstanden ist, durch Rescript wieder aufgehoben werden.

III. Aufhebung der patria potestas[a]).

§. 445.

Die väterliche Gewalt kann aufgehoben werden

1) ohne daß das Kind gewaltfrey wird. Dieß ist der Fall bey der Arrogation des Vaters (§. 441), ferner wenn das Kind in vollkommene Adoption gegeben wird (§. 443). In dem letzten Fall wird mit der väterlichen Gewalt auch das Kindesverhältniß gegen den leiblichen Vater aufgehoben, das aber durch die Emancipation von dem Adoptivvater wieder aufwacht[b]).

---

cc) L. 10 C. h. t. (8, 48). v. Löhr, Magazin für Rechtswiss. III. 11.

dd) L. 10 §. 4 C. eod.

a) Vgl. L. 132 pr. D. de V. O. (45, 1).

b) L. 10 §. 1 C. de adopt. (8, 48).

c) L. 5 C. eod., §. 10 I. de adopt. (1, 11).

a) Inst. I. 12: quibus modis ius patriae potestatis solvitur. Dig. I. 7: de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur. Cod. VIII. 49: de emancipationibus liberorum. 50. de ingratis liberis.

b) L. 10 pr. C. de adopt. (8, 48).

2) So bald das Kind sui iuris wird, endigt sich die väterliche Gewalt, wenn sie von dem Vater durch Aussetzung des Kindes[c]), oder durch Verkuppelung der Tochter[d]) verwirkt wird, ferner durch gewisse Würden, die der Sohn erlangt[e]), sodann durch Emancipation und was ihr im heutigen Recht gleichsteht. Emancipation ist willkürliche Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt. Sie geschieht entweder vor Gericht durch Erklärung des Gewalthabers zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart des Kindes (emancipatio Iustinianea), oder durch ein von dem Vater impetrirtes und bey Gericht deponirtes Rescript des Regenten (emancipatio Anastasiana)[f]). Die Emancipation fordert zwar nicht die Einwilligung des Kindes (daher ein infans emancipirt werden kann), aber wohl, daß es nicht widerspricht[g]). Man nimmt gewöhnlich an, daß Adoptirte auch wider ihren Willen emancipirt werden könnten (und dieß ist gerade der Fall, wo die Emancipation heutzutage noch am ersten vorkommen wird)[h]). Jedenfalls könnte eine solche Emancipation wider Willen des Kindes nur durch Rescript geschehen, weil bey der andern Form die Gegenwart des Kindes ein wesentliches Erforderniß ist. Eine bloße Verstoßung des Kindes (abdicatio, ἀποκήρυξις) hat keine rechtliche Wirkung (abgesehen von Ansprüchen, welche vielleicht dem Kind deshalb zustehen)[i]). Zuweilen kann der Vater gezwungen werden, ein Kind zu emancipiren, nämlich: wenn er sich durch Annahme eines Vermächtnisses, das ihm mit dieser Auflage hinterlassen worden ist, dazu verpflichtet hat[k]), ferner wegen schlechter Behandlung

---

c) L. 2 C. de infant. expos. (8, 52), c. un. X. eod. (5, 11).

d) L. 6 C. de spectac. (11, 40), L. 12 C. de episc. aud. (1, 4). Einen dritten Fall der Verwirkung s. unter 3.

e) §. 4 I. h. t. (1, 12), L. ult. C. de consul. (12, 3), Nov. 81, L. ult. C. de decurion. (10, 31). Von diesen Gesetzen ist heutzutage keine Anwendung zu machen.

f) §. 6 I. h. t. (1, 12), L. 5. 6 C. de emanc. (8, 49).

g) L. 5 C. eod., Nov. 89 c. 11 pr., Paul. sent. II. 25, 5.

h) Man beruft sich auf einige Aeußerungen in §. 3 I. de adopt. (1, 11), L. 10 pr. C. eod. (8, 48) und auch wohl L. 132 pr. D. de V. O. (45, 1), die indessen sämmtlich höchst zweifelhafter Art sind.

i) L. 6 C. de patria pot. (8, 47).

k) L. 92 D. de cond. et dem. (35, 1), vgl. L. 114 §. 8 D. de leg. I. (30).

des Kindes[l]), endlich wenn ein als impubes Adoptirter oder Arrogirter nach erlangter Mündigkeit nachweist, daß die Adoption zu seinem Nachtheil geschehen sey, in welchem Fall er nicht bloß die Emancipation, sondern auch die Wiedereinsetzung in die Lage vor der Adoption verlangen kann[m]). Emancipirte Kinder können wegen grober Injurien von dem Vater in die Gewalt revocirt werden[n]). Der Gebrauch der Emancipation ist heutzutage sehr vermindert durch den Hinzutritt einer anderen Befreiungsart zu den römischen. Nach deutschem Recht nämlich werden die Söhne durch Anlegung einer eigenen Haushaltung (separata oeconomia), die Töchter durch Verheirathung von der väterlichen Gewalt befreit, was man tacita emancipatio (auch wohl em. germanica oder saxonica) genannt hat. Sie hat allerdings das mit der Emancipation gemein, daß dem Kind das Peculium verbleibt, wenn der Vater dabey thätig war, und es nicht zurücknimmt. Auch das s. g. praemium emancipationis (§. 436) ist darauf anzuwenden, wenn die Aufhebung auf den Wunsch des Kindes geschah, und der Vater sie hätte verweigern können.

In allen diesen Fällen der Befreiung wird das Kindesverhältniß zu dem leiblichen Vater nicht aufgehoben, auch nicht zu dem Adoptivvater mit Ausnahme der Emancipation (der römischen, nicht der deutschrechtlichen), welche den Adoptirten aus aller Verbindung mit dem Adoptivvater und dessen Familie setzt[o]).

3) Endigungsarten, die bald eine Befreiung zur Folge haben, bald nicht, sind der Tod des Vaters, der natürliche und der bürgerliche[p]), und die Verwirkung durch eine incestuose Ehe[q]). Frey

l) L. 5 D. si a parente quis man. (37, 12).

m) L. 31. 32 pr. 33 D. de adopt. (1, 7). Streitig ist, ob L. 16 D. de cur. fur. (27, 10) einen Zwang zur Emancipation gegen einen Verschwender in Gemäßheit des Willens seines Vaters anordne. Die Stelle enthält offenbar nichts von einem solchen Zwang, den man nur una aliqua eius particula proposita darin hat finden können. Vgl. Glück, Comment. XXXIII S. 145 ff. Rudorff, Vormundsch. I S. 314 ff.

n) L. un. C. de ingr. lib. (8, 50).

o) L. 13 D. de adopt. (1, 7): In omni fere iure finita patris adoptivi potestate nullum ex pristino retinetur vestigium —. L. 14 eod., vgl. L. 27 eod. Ausnahme hinsichtlich der Eheverbote, L. 14 pr. §. 1 L. 55 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).

p) §. 1—3 I. h. t. (1, 12).

q) Nov. 12 c. 2.

werden dadurch die, welche ohne Mittelsperson in der Gewalt des Verstorbenen oder Verwirkenden gestanden haben. Enkel, die mit ihrem Vater in der Gewalt des Großvaters stehen, fallen unter die Gewalt jenes. Eben dieß tritt ein bey denen, welche als Enkel von einem bestimmten Sohn adoptirt sind, vorausgesetzt daß dieser in die Adoption eingewilligt hat[r]). Abgesehen von diesem letzten Fall ist nach dem Geist des neueren Rechts zu behaupten, daß die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters auch durch dessen Tod aufgehoben wird.

---

r) pr. I. h. t. (1, 12), L. 5 D. de his qui sui (1, 6), L. 6 D. de adopt. (1, 7).

Achtes Buch.

Das Erbrecht.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Begriff des Erbrechts.

§. 446.

Das Ganze der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihren Maßstab findenden Rechte und Verbindlichkeiten, die in einer Person als ihrem Subject vereinigt sind, das Vermögen (§. 34), soll eine von dem Leben der Person unabhängige Dauer haben. Dieß wird dadurch erreicht, daß nach dem Tod die dadurch aufgehobene natürliche Person fortwährend als zusammenhaltendes Subject jener Rechtsverhältnisse gedacht, somit eine juristische Person an die Stelle der natürlichen angenommen wird (§. 27). Das hinterlassene Vermögen selbst also trägt eine Persönlichkeit in sich, und dieß ist die fingirte des Verstorbenen[a]). Dieser Rechtssatz ist eine nothwendige Ergänzung des Vermögensrechts, dessen Verhältnisse erst dadurch eine zu ihrer vollen Entwickelung unentbehrliche Stetigkeit erhalten. Mit diesem Institut wird aber zugleich ein anderes Bedürfniß befriedigt, indem der Uebergang

a) L. 15 pr. D. de interrog. (11, 1): Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas. L. 31 §. 1 D. de her. inst. (28, 5): Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. L. 33 §. 2 L. 34 D. de adqu. dom. (41, 1): Quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Iuliano placet, cuius et valuit sententia, testantis personam spectandam esse, opinantis. Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est. L. 22 D. de fidei. (46, 1).

der Güter des Verstorbenen an Ueberlebende damit in Verbindung gesetzt wird. Dieser Uebergang soll, um jenen ersten Zweck zu erreichen, nicht bloß stückweise erfolgen, der Erbende soll nicht bloß in die einzelnen Rechte eintreten, er soll die Persönlichkeit des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Hinsicht in sich aufnehmen und repräsentiren, und damit in das Vermögen als Ganzes eintreten. Darin liegt der Begriff des Erben, seiner Succession, der Erbfolge und des Rechts, das er durch die Erbfolge erhält, des Erbrechts (hereditas in diesem Sinn des Worts)[b]). Erbrecht ist also das Recht an der von dem Berechtigten repräsentirten Person des Erblassers, und damit an dessen Vermögen, der Erbschaft (hereditas in diesem Sinn). Es setzt den Tod einer vermögensfähigen Person[c]), aber keineswegs, eben weil es nicht bloß um des Erben und zu seinem Vortheil allein existirt, sondern zugleich jenen höheren Zweck erfüllen soll, Güter im natürlichen Sinn voraus, auch der Insolvente hinterläßt eine Erbschaft[d]). Damit ist es unverträglich, das Erbrecht, wie es sonst gewöhnlich war und auch jetzt noch von Manchen geschieht, mit dem Eigenthum auf gleiche Linie zu stellen, und es als Eigenthum an einer universitas zu bestimmen. Nur seine Auffassung als Recht an der (in den Erben übergegangenen) Person des Erblassers entspricht der Bedeutung des Erbrechts nach allen Seiten.

Hereditas iacens.

§. 447.

In der Regel fällt eine größere oder kleinere Zwischenzeit zwischen den Tod des Erblassers und den wirklichen Eintritt des Erben, namentlich überall, wo dieser Eintritt einen Willensact des Erben fordert (§. 450). In dieser Zwischenzeit wird von der Erb-

---

b) L. 62 D. de R. I. (50, 17): Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit. L. 22 D. de usurp. (41, 3): Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur.

c) L. 1 D. de hered. vend. (18, 4), L. 27 D. de adqu. hered. (29, 2).

d) L. 3 pr. §. 1 D. de bon. poss. (37, 1), L. 50 pr. D. de H. P. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. L. 208 D. de V. S. (50, 16), L. 119 eod.: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, iuris enim nomen est, sicuti bonorum possessio.

schaft gesagt, iacere hereditatem. Die juristische Persönlichkeit des Erblassers (§. 446) reicht auch in dieser Zeit, also vor ihrer Repräsentation durch den Erben, hin, das Vermögen zusammenzuhalten, ja selbst zu Erwerbungen, die nicht eine eigene Handlung des Erwerbers voraussetzen[a]), und unter derselben Voraussetzung zu Verpflichtungen[b]). Aber die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers und die dadurch bedingte rechtliche Unterscheidung der Erbschaft als eines besonderen Vermögens ist nicht auf jene Zeit der hereditas iacens beschränkt, sie erstreckt sich (wie sich aus dem Begriff des Erbrechts ergiebt, der außerdem eine Unmöglichkeit wäre) auf die Zeit nach dem Eintritt des Erben, der darum als Erbe und durch seine Repräsentation des Erblassers Subject von Rechten seyn kann, deren er für seine eigene Person unfähig wäre[c]). Es ist denn auch nichts unrichtiger, als die gewöhnliche Vorstellung, welche die factische Vermischung, die unter den Gütern des Erben und den erbschaftlichen eintreten mag, als eine rechtliche auffaßt, und die Confusion, die durch die Erbfolge in

---

a) S. die Stellen §. 446 Note a. L. 3 §. 6 L. 21 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5), L. 20 §. 3 L. 40 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 13 §. 5 D. quod vi (43, 24), L. 1 §. 6 D. de iniur. (47, 10). Ueber die Usucapion s. §. 156 Note l. Vgl. L. 61 D. de adqu. dom. (41, 1): — in his sane in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest — —.

b) L. 21 §. 1 D. de neg. gest. (3, 5), L. 1 D. de relig. (11, 7), L. 77 D. de V. O. (45, 1).

c) L. 62 D. de adqu. dom. (41, 1): Quaedam quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res cuius aliquis commercium non habet. nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. — Eine andere Ansicht von der Bedeutung der in der hereditas iacens fingirten Persönlichkeit hat aufgestellt Ihering, Abhandlungen 1844 III. Die inneren und äußeren Schwierigkeiten, die seiner Auffassung entgegenstehen, sind, wie ich glaube, dem Scharfsinn, den er auch hier bewährt hat, unüberwindlich geblieben. (— Dagegen hat die im Texte aufgestellte Ansicht einen höchst gründlichen Vertheidiger gefunden in v. Scheurl, Beitr. zur Bearb. des röm. Rechts 1852 No. I S. 1—94. Vgl. darüber Pagenstecher, krit. Zeitschrift für die gesammte Rechtswiss. I S. 21—34. Schirmer, de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis earumque apud veteres usu commentatio. Vratisl. 1852. Dagegen: Windscheid, krit. Ueberschau der deutschen Gesetzgeb. und Rechtswiss. I Num. 8 [1853]. S. Rudorff zu Puchta, Vorles. II §. 447 Note 3. R.)

Beziehung auf einzelne Rechte bewirkt werden kann[d]), für eine Confusion der Erbschaft als Gesammtheit und des Vermögens des Erben hält, wodurch es geschehen würde, daß das Erbrecht in dem Augenblick, wo es entstehen soll, seinen Gegenstand verlöre.

Erbfähigkeit.

§. 448.

Es giebt Personen, denen der Theil der Rechtsfähigkeit, welcher die Erbfolge bedingt, ganz oder theilweise entzogen ist. Die Erbunfähigkeit verhindert nicht bloß den Erwerb, sondern schon die Delation des Erbrechts. Vor allem liegt in der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen nicht schon an sich die Successionsfähigkeit, wenn sie ihnen nicht entweder durch eine von ihnen zu erweisende specielle Concession[a]), oder durch einen allgemeinen Rechtssatz gegeben ist. Das letztere ist der Fall bey den Kirchen, den kirchlichen Instituten, überhaupt milden Stiftungen, auch wenn sie nicht in unmittelbarer Verbindung mit der Kirche stehen, eben so bey dem Staat und den Gemeinden[b]). Die totalen Successionsunfähigkeiten bey natürlichen Personen, die das römische Recht enthält, sind aus dem heutigen Recht verschwunden[c]), eben so ist die theilweise Unfähigkeit der das Trauerjahr verletzenden Frau aufgehoben (§. 429)[d]).

---

d) L. 75. 95 §. 3 D. de solut. (46, 3).

a) L. 8 C. de hered. inst. (6, 24), L. 1 C. de iudaeis. (1, 9).

b) L. 1 C. de S. S. eccl. (1, 2), L. 49 C. de episc. et cler. (1, 3), L. 12 C. de hered. inst. (6, 24).

c) Unfähigkeit der Apostaten und gewisser Ketzer, L. 4. 5 C. de haeret. (1, 5), L. 3 C. de apostat. (1, 7), der zu einer Capitalstrafe Verurtheilten wegen der damit verbundenen capitis deminutio magna, L. 1 C. de her. inst. (6, 24), L. 13 D. de b. p. sec. tab. (37, 1), L. 3 pr. §. 1 D. de his qu. pro non scr. (34, 8), der Kinder der Hochverräther, von denen nur die Töchter den Pflichttheil aus der mütterlichen Erbschaft erhalten sollen, L. 5 C. ad L. Iul. maiest. (9, 8).

d) Ungewiß ist, ob die Verwirkung der Intestaterbberechtigung durch Versäumung der petitio tutoris (§. 339), und die Ausschließung der Geschwister von der Intestaterbfolge wegen Lebensnachstellung, Criminalanklage, und Anschläge gegen das Vermögen des Erblassers (Nov. 22 c. 47 pr.) als Successionsunfähigkeiten oder als Indignitätsfälle gemeint sind. Da sie auf keine Weise als Minderungen der Rechtsfähigkeit aufgefaßt werden können, so ist das letztere anzunehmen.

Die Successionsfähigkeit muß schon zur Zeit der Berufung zur Erbfolge existiren, dadurch unterscheidet sie sich von der Fähigkeit zur Erwerbung (capacitas)[e]). Die Zeit der Berufung ist für die Intestaterbfolge keine frühere als die der Delation (§. 449), bey der testamentarischen tritt dazu noch die der Errichtung des Testaments, ohne daß eine zwischen diesem Zeitpunkt und der Delation vorhanden gewesene Unfähigkeit schadet. Von der Delation an muß die Fähigkeit ununterbrochen dauern bis zur Erwerbung[f]).

Erbberechtigung.

§. 449.

Der Erwerb des Erbrechts setzt eine Berufung der Person zur Erbfolge voraus. Diese Berufung kann geschehen 1) durch einen Rechtssatz; das Erbrecht heißt hier gesetzliches, legitima hereditas; 2) durch den Willen des Erblassers; dieser hat nur als einseitiger, letzter (also bis zum Tod stets widerruflicher), und in der Form des Testaments erklärter Wille diese Wirkung, daher das Erbrecht in diesem Fall testamentaria hereditas genannt wird. Durch Vertrag kann nach römischem Recht kein Erbe ernannt werden[a]), das deutsche Recht kennt solche Erbverträge. So scheidet sich im heutigen Recht die auf dem Willen des Erblassers beruhende Erbfolge in testamentarische, die auf den Grundsätzen des R. R. steht, und vertragsmäßige, die dem Gebiet des einheimisch-deutschen Rechts zufällt. Von den Erbverträgen sind verschieden die Verträge über die Erbschaft eines Dritten, die, sofern sie die Erbschaft einer bestimmten lebenden Person zum Gegenstand haben, als unsittlich verworfen[b]), und durch die Zuläßigkeit der Erbverträge keineswegs statthaft geworden sind[c]).

---

e) Vgl. Mühlenbruch, Fortsetz. von Glück's Comment. XXXIX S. 158 ff.

f) L. 1 §. 4 D. ad S. C. Tertull. (38, 17), L. 6 §. 2 L. 49 §. 1 L. 50 pr. 59 §. 4 D. de hered. inst. (28, 5), §. 4 I. de hered. qual. (2, 19). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 150 ff.

a) L. 29 §. 2 D. de don. (39, 5), L. 15. 19 C. de pact. (2, 3), L. 61 D. de V. O. (45, 1). Auch ein Erbverzicht ist unwirksam, L. ult. D. de suis et leg. (38, 16), L. 3 C. de collat. (6, 20).

b) L. ult. C. de pact. (2, 3).

c) Hasse, Rhein. Museum II S. 218—241. Beseler, die L. von d. Erbverträgen II. 2 S. 328 ff. Für ihre Statthaftigkeit Mittermaier, D. Privatr. §. 453 u. A.

Die Berufung durch das Recht tritt nur in Ermangelung einer Berufung durch Testament ein, die gesetzliche Erbfolge ist eine Intestaterbfolge[d]), und beide Arten der Erbfolge schließen eigentlich einander aus. Doch ist das Zustandekommen beider bey derselben Erbschaft nicht schlechterdings unmöglich[e]), nur kann ein Testator, da er bloß Eine Erbschaft hinterläßt, nicht zugleich testiren und nicht testiren[f]).

Diese Berufungen werden durch den Tod des Erblassers zur Delation des Erbrechts, d. h. zur Berechtigung, Erbe zu werden[g]). Die testamentarische Erbfolge wird, wenn sie nicht von einer Bedingung abhängig gemacht ist, im Augenblick des Todes deferirt[g*]). Die Delation der Intestaterbfolge setzt aber überdieß die Nichtexistenz eines Testaments voraus, sie geschieht daher, sowie es sich entschieden hat, daß der Erblasser intestatus verstorben ist[h]). Nach diesem Zeitpunkt kann nur durch eine erneuerte Delation (per successionem) jemandem deferirt werden (§. 458).

---

d) L. 39 D. de adqu. her. (29, 2): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

e) L. 15 §. 2 D. de inoff. test. (5, 2): Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

f) L. 7 D. de R. I. (50, 17): Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato, et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Auf Soldatentestamente wird diese Regel nicht angewendet, L. 19 §. 2 D. de castr. pec. (49, 17), §. 5 I. de her. inst. (2, 14). Die verschiedenen Gründe, die man für die Regel aufgesucht hat, s. bey Haubold, opusc. I. p. 315 sqq. cf. p. XXVII sqq. Huschke, Rhein. Museum VI. 8.

g) L. 151 D. de V. S. (15, 16): Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.

g*) Ueber einen Fall späterer Delation ohne eigentliche Bedingung s. §. 486 Note d.

h) L. 1 §. 8 L. 2. §. 5. 6 D. de suis et leg. (38, 16), §. 1. 6 I. de leg. agn. succ. (3, 2).

Erwerb des Erbrechts.

§. 450.

Durch die Delation wird nur die Möglichkeit verliehen, Erbe zu werden. Das Erbrecht selbst entsteht regelmäßig erst durch eine Handlung des Delaten, wodurch er seine Berufung zum Erben annimmt. Doch giebt es Erben, die es ipso iure werden (necessarii im Gegensatz zu jenen, den voluntarii heredes), bey denen also auch eine Delation und Adquisition als abgesonderte Momente sich nicht unterscheiden lassen[a]).

Welcher Zeitraum aber auch zwischen dem Tod des Erblassers und dem wirklichen Erwerb liegen möge, immer wird die Succession, die durch den Erwerb eintritt, zurückbezogen auf den Tod des Erblassers[b]). Aus dieser in dem Begriff des Erbrechts liegenden unmittelbaren Nachfolge ergiebt sich weiter, daß nur eine Person erbberechtigt seyn kann, die zur Zeit des Todes des Erblassers schon in rerum natura, also wenigstens concipirt war[c]). Dieß gilt für jede wahre und directe Erbfolge[d]); bey der Intestaterbfolge kommt noch der besondere Grund hinzu, daß, wer nicht mit dem Erblasser gleichzeitig existirt hat, auch in keinem Verhältniß zu ihm gestanden haben kann, das zu dieser Erbfolge berechtigt[e]).

---

a) Vgl. L. 11 D. de lib. et post. (28, 2): In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.

b) L. 54 D. de adqu. her. (29, 2): Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

c) L. 3 D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11): Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. L. 3 §. 11 D. de suis et leg. (38, 16): Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. L. 1 §. 8 D. unde cogn. (38, 8).

d) Vgl. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XXXIX S. 406 ff. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 (1839) S. 2 ff.

e) L. 6. 8 pr. D. de suis et leg. (38, 16): Titius exheredato filio extraneum heredem sub conditione instituit. Quaesitum est, si post mortem

Unterscheidung von hereditas und bonorum possessio[a]).

§. 451.

Das Bedürfniß von Modificationen des Intestat- und testamentarischen Erbrechts nach dem Jus civile, der hereditas, wurde größtentheils durch die Thätigkeit der Prätoren befriedigt, welche zwar niemanden, der es nicht nach jenem Recht war, als heres anerkennen, aber den Besitz der erbschaftlichen Güter, bonorum possessio, verleihen, die erbschaftlichen Klagen für und gegen den bonorum possessor als utiles, wie wenn er Erbe wäre, geben, und ihn in dieser Stellung schützen konnten. Getragen durch die gemeinsame Rechtsansicht des Volks entwickelten sich diese bonorum possessiones zu einem vollständigen Erbrechtssystem (b. p. contra tabulas, secundum tabulas, intestati), in welches auch Civilerben aufgenommen wurden, theils um ihnen, wenn sie es wollten, die Vortheile dieses prätorischen Erbrechts anzubieten, theils um das Verhältniß der bonorum possessores zu ihnen, welchen heredes der prätorische Erbe weichen (gegen welche die b. p. sine re seyn) sollte, welchen nicht (b. p. cum re), zu bestimmen. In manchen

patris pendente conditione filius uxorem duxisset, et filium procreasset, et decessisset, deinde conditio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem hereditas avi pertineret. Respondit, qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres, neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex XII tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit: — Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς, i. e. per relationem accidit (Iulian.). §. 8 I. de hered. ab int. (3, 1), vgl. L. 47 §. 3 D. de bon. lib. (38, 2): Paulus respondit, nepotem etiam post mortem avi conceptum, superstitem liberto, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse, et ad hereditatem legitimam eius admitti, responsum enim Iuliani tantum ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi petendam pertinere.

a) Inst. III. 9: de bonorum possessionibus. Dig. XXXVII. 1—13. XXXVIII. 6—9. 11—15. Cod. VI. 9—12. 14—20. v. Löhr, einige Bemerkungen aus der Lehre von der bonorum possessio, Magazin für Rechtswiss. III. 8 S. 216—353 (1818. 1819). Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio etc. 1837. Leist, die b. p., ihre gesch. Entwickl. u. heut. Geltung. 1. Bd. 1844. 2. Bd. 1848.

Fällen wird die bonorum possessio nicht unter Voraussetzung der allgemein festgesetzten Erfordernisse durch das Edict gegeben, b. p. edictalis, sondern es wird eine besondere Untersuchung des individuellen Falls vorbehalten, nach welcher, wenn sie zu Gunsten der Ertheilung ausfällt, die b. p. durch ein Decret gegeben werden soll, b. p. decretalis.

Die Principien, welche das prätorische Erbrecht von dem Civilerbrecht unterscheiden, haben sich nach und nach auch in der Ausbildung des letzteren durch die Gesetzgebung der Kaiser geltend gemacht. So ist es endlich gekommen, daß namentlich nach den neuesten erbrechtlichen Gesetzen Justinian's in den meisten Fällen, wo früher nur ein prätorisches Erbrecht zustand, ein Civilerbrecht gegeben ist. Da nun die b. p. im neuesten Recht keinen eigentlichen Vortheil mehr vor der hereditas voraus hat, der den Civilerben vermögen könnte, sich dessen durch Agnoscirung jener zu versichern, so ist sie nur in den einzelnen Fällen, wo auch im neuesten Recht lediglich ein prätorisches, nicht ein Civilerbrecht gegeben ist, praktisch geblieben, hat aber eben deshalb aufgehört neben dem des Civilrechts ein geschlossenes Erbrechtssystem zu bilden, als welches sie noch in den justinianischen Institutionen, Digesten und Codex erscheint.

Vermächtniß.

§. 452.

Mit der Erbfolge steht eine von dem Erblasser angeordnete Singularsuccession, das Vermächtniß, in Verbindung. Diese Verbindung besteht darin, daß das Vermächtniß einen Erben, oder einen diesem gleichgestellten Universalsuccessor voraussetzt. In dem älteren römischen Recht kommt das Vermächtniß in einer doppelten Form vor, der civilrechtlichen, legatum, der allgemeineren, fideicommissum. So wie die rechtliche Natur und Wirkung dieser beiden Vermächtnißarten sehr verschieden war, wiewohl schon früh eine allmälige Ausgleichung derselben begonnen hatte, so schieden sie sich auch äußerlich und erkennbar in der Form ihrer Anordnung. Seitdem nun dieses letztere Kennzeichen durch Beseitigung der Nothwendigkeit solenner Ausdrücke bey den Legaten (verba civilia) weggefallen war[a]), hätte die Unterscheidung beider Formen eigentlich

a) Constantinus, Constantius et Constans, L. 21 C. de legat. (6, 37), vgl. L. 15 C. de testam. (6, 23).

aufhören sollen; erst Justinian aber hat alle Unterschiede zwischen ihnen aufgehoben, und Ein Vermächtniß an ihre Stelle gesetzt[b]), so daß jedes Legat auch Fideicommiß seyn und heißen soll[c]). Die Unterscheidung beider Ausdrücke in der Sprache, die für die lateinische nöthig ist, weil sie kein beide Formen begreifendes Wort hat, und die sich auch wohl in der deutschen fortsetzt, wo man sich nicht des allgemeinen Worts Vermächtniß bedienen will, ist dadurch etwas lediglich conventionelles geworden. Man pflegt den Ausdruck Fideicommiß zu brauchen, wo das vermachte Gut durch einen Andern hindurchgehen, und erst von diesem an den Honorirten gelangen soll, außerdem das Vermächtniß Legat zu nennen.

Durch Vermächtniß können aber nicht bloß einzelne Vermögensgegenstände (Singularvermächtnisse), sondern es kann auch die Erbschaft oder ein quoter Theil derselben hinterlassen werden (Universalvermächtniß, fideicommissum hereditatis), wodurch der Vermächtnißnehmer dem Effect nach die Stellung eines Erben erhält.

Zweites Kapitel.

Delation des Erbrechts.

I. Intestaterbfolge[a]).

A. Successionsgründe.

1. Verwandtschaft[b]).

§. 453.

Die Personen, denen das Recht in Ermangelung einer testamentarischen Disposition das Erbrecht deferirt, sind vor allem die

---

b) L. 1 C. comm. de leg. (6, 43).

c) L. 2 C. eod.

a) Glück, Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des älteren und neueren R. R. 1803. 2. Aufl. 1822. Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstell. des Intestaterbrechts besonders nach röm. Quellen 1831. v. Löhr, von der Succession in ein Peculium, dem Erbrecht der Mutter, der Succession der Geschwister — vor der Novelle 118, Magazin für Rechtswiss. IV. 7. 8. 9 (1820), Büchel, Streitfragen aus Novelle 118, civilr. Erört. II. 2 (1839).

b) Inst. III. 1: de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. 2: de

Verwandten des Erblassers. Nach neuestem Recht ist es die natürliche Verwandtschaft (cognatio), welche jemandem die Möglichkeit, Intestaterbe zu werden, giebt, also den Grund seiner gesetzlichen Berufung ausmacht, und zwar an sich auch die entfernteste, wenn sie nur erweislich ist, und ohne Vorzug eines Geschlechts vor dem andern[c]). Für die Successionsberechtigung gilt als Regel der Grundsatz der Reciprocität.

Von der Adoptivverwandtschaft.

§. 454.

Die durch die vollkommene Adoption und Arrogation entstehende Verwandtschaft zwischen dem Adoptirten und dem Vater und dessen Agnaten[a]) ist, so lange sie dauert[b]), ein vollkommener ge-

legitima agnatorum successione. 3: de senatusconsulto Tertulliano. 4: de S. C. Orphitiano. 5: de successione cognatorum. Dig. XXXVIII. 16: de suis et legitimis heredibus. 17: ad S. C. Tertullianum et Orphitianum. — XXXVIII. 6: si tabulae testamenti nullae exstabunt, unde liberi. 7: unde legitimi. 8: unde cognati. XXXVII. 8: de coniungendis cum emancipato liberis eius. Cod. VI. 55: de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. 56: ad S. C. Tertullianum. 57: ad S. C. Orphitianum. 58: de legitimis heredibus. 59: communia de successionibus. — VI. 14: unde liberi. 15: unde legitimi et unde cognati.

c) Nov. 118 pr. cap. 4: Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere, itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus, hoc est ascendentium et descendentium et ex latere, quae in agnatos cognatosque dividitur, primam esse disponimus descendentium successionem. — Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi sive per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.

a) L. 23 D. de adopt. (1, 7).

b) Vgl. §. 445.

genseitiger Successionsgrund[c]). Der Adoptirte bleibt in seinen bisherigen Cognationsverhältnissen[d]), auch im Kindesverhältniß zu seiner Mutter, nicht aber, so lange das Adoptivverhältniß dauert, zu seinem leiblichen Vater[e]).

Von der unehelichen Verwandtschaft.

§. 455.

In Beziehung auf den Vater und die väterlichen Verwandten giebt nur die eheliche (durch eheliche Zeugungen begründete) Verwandtschaft einen unbeschränkten Successionsgrund. Ehelich Erzeugten aber stehen gleich die Legitimirten[a]), und die aus einer putativen, jedoch in gehöriger Form eingegangenen Ehe[b]). Ein Successionsrecht an dem Vermögen des Vaters haben nach der Praxis die Brautkinder, ein gültiges, nur durch den Tod oder ungegründete Weigerung des Bräutigams ohne Erfolg gebliebenes Verlöbniß vorausgesetzt[c]), nach dem neuesten R. R. aber auch Concubinenkinder (Söhne und Töchter), die Nichtexistenz einer Ehegattin und rechtmäßiger Kinder vorausgesetzt, auf den sechsten Theil der väterlichen Intestaterbschaft[d]), der Vater hat ein gleiches

---

c) Anders bey der adoptio minus plena, und der Adoption durch eine Frauensperson, siehe §. 444. Singuläres Recht für den arrogator impuberis §. 443.

d) L. 1 §. 4 D. unde cognati (38, 8).

e) L. 10 pr. C. de adoptione (8, 48). Nicht entgegen ist L. 8 pr. D. de in ius voc. (2, 4) und L. 1 §. 12 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9): Si filius in adoptionem datus decesserit praegnante uxore, tunc deinde adoptator defunctus fuerit, mittetur venter in possessionem avi adoptivi. Sed an etiam in eius, qui in adoptionem dederat filium, mittetur, videamus. Et si hic nepos postumus heres ab avo naturali institutus sit, mittetur in possessionem, quia et nato ei, si nemo ex liberis sit alius, bonorum possessio secundum tabulas dari potest, aut si sint liberi praeteriti, etiam contra tabulas cum ipsis potest accipere. Viele aber glauben, jenes Recht sey durch Nov. 118. (stillschweigend) aufgehoben, s. z. B. Heidelb. Jahrbücher 1819 S. 768 ff. Büchel, Streitfragen S. 51 ff. Vangerow, Leitfaden §. 412, wogegen zu vergleichen sind Löhr, Magaz. für Rechtswiss. III S. 397—406 (1819). Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XXXV S. 173 ff.

a) S. §. 440. Controverse über die Wirkung der legitimatio per rescriptum beim Vorhandenseyn ehelicher Kinder, s. Glück, Intestaterbf. §. 139.

b) c. 2. 15 X. qui filii sint legit. (4, 17).

c) S. §. 41 Note k.

d) Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 12. Einen Kopftheil dieses sextans

Successionsrecht an ihrem Vermögen[e]). Die Praxis wendet dieß auf uneheliche Kinder insgemein (mit Ausnahme der ex damnato coitu procreati) an, jedoch die Anerkennung durch den Vater vorausgesetzt[f]).

In Beziehung auf die Mutter und die mütterlichen Verwandten steht die uneheliche Verwandtschaft der ehelichen gleich[g]). Eine Ausnahme wird gemacht hinsichtlich der ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis Erzeugten, die auch gegen die Mutter kein Erbrecht haben[h]).

2. Ehe.

§. 456.

Die Affinität ist kein Successionsgrund[a]), doch ist nach prätorischem Recht der Ehegatte successionsberechtigt, wenn die Ehe durch den Tod getrennt wird[b]). Außerdem aber ist in dem neuesten Recht der armen Wittwe an dem Vermögen des wohlhabenden Ehemanns, wenn vier oder mehr Kinder denselben beerben, auf eine Virilportion, sonst auf den vierten Theil der Erbschaft ein

---

haben sie ihrer Mutter zu überlassen. Ein Irrthum ist es, der Concubine ohne Kinder ein Zwölftheil zuzusprechen.

e) Nov. 89 c. 13.

f) Ausschließlich mit dieser Frage der heutigen Anwendung beschäftigt sich M. S. Mayer, das Intestaterbrecht der liberi naturales nach dem heutigen R. R. 1838.

g) §. 3 I. de S. C. Orphit. (3, 4), vgl. L. 5 C. eod. (6, 57).

h) Nov. 89 c. 15, L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5). Verschiedene Meinungen: 1) das Erbrecht werde allen Kindern versagt, deren Erzeugung ein Vergehen sey, also auch den aus einem Stuprum erzeugten, z. B. Forster, de hered. ab int. (1594) VI. 48. 50, — das R. R. bestimmt dieß nur bey einer mater illustris, überdieß die Existenz ehelicher Kinder vorausgesetzt, L. 5 C. ad S. C. Orphit. (6, 57); 2) allen aus Incest, Ehebruch, Bigamie Erzeugten — dieß ist, wenigstens hinsichtlich der incestuosi und adulterini die gemeinere Meinung, Glück, Intestaterbfolge §. 136; 3) bloß den incestuosi, s. z. B. Mühlenbruch, Forts. von Glück XXXVI S. 158 ff., wobey Manche noch überdieß fordern, daß der Incest die Form einer Ehe gehabt habe; 4) es seyen überhaupt keine unehelichen Kinder von der mütterlichen Erbschaft ausgeschlossen, Roßhirt, Erbrecht S. 212.

a) L. 7 C. comm. de success. (6, 59).

b) Dig. XXXVIII. 11. Cod. VI. 18: unde vir et uxor.

Successionsrecht gegeben[c]); sind die Kinder von ihr, so erhält sie nur den Nießbrauch dieser Portion[d]).

B. Successionsordnung.

1. Classification der Successionsberechtigten.

§. 457.

Es besteht eine Successionsordnung unter den Successionsberechtigten, vermöge deren sie 1) in Classen, ordines, vertheilt sind, von denen die frühere die spätere ausschließt; 2) kann möglicherweise ein Vorzug des Grads unter den zu derselben Classe gehörigen Personen bestehen. Die Successionsordnung bestimmt sich also nach dem ordo und in gewissen Fällen nach dem Grad, welchem der Successionsberechtigte, und zwar zur Zeit der Delation[a]), angehört. Die Verwandten zerfallen in drey natürliche Ordnungen: Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandte[b]), unter welchen letzteren die Geschwister durch Nähe und Innigkeit der verwandtschaftlichen Verbindung von den übrigen Seitenverwandten sich ausscheiden, die vollbürtigen sich den Ascendenten anschließen. So sind auf der Grundlage einer natürlichen Anschauung der verwandtschaftlichen Unterschiede vier erbrechtliche Classen der Successionsberechtigten wegen Verwandtschaft entstanden.

Die erste Classe bilden die successionsberechtigten Descendenten (s. §. 453—455) ohne Einfluß des Geschlechts, der väterlichen Gewalt, und ohne Vorzug der Gradesnähe (Repräsentationsrecht), nur mit der Voraussetzung, daß zwischen dem entfernteren Descen-

---

c) Nov. 117 c. 5, vgl. Nov. 53 c. 6. Löhr, Archiv für civ. Pr. XXII. 1 (1839). Mehrere Enkel von einem Kind sind auch hier nur für einen Kopf zu zählen, wofür übrigens die innere Natur des Verhältnisses entscheidender ist, als der ihm äußerliche Grund der successio in stirpes, worauf man jene Behauptung zu stellen pflegt.

d) — dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure habere eam res —. Osenbrüggen, zur Interpr. des corp. I. C. (1842) Kap. 4. (Der gewöhnliche Ausdruck „mit ihren [eigenen] Kindern" statt „mit Kindern aus ihrer Ehe mit dem Erblasser" ist unrichtig: Riedel, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F. IX No. 8 [1851]. R.)

a) L. 2 §. 5. 6 D. de suis et legit. (38, 16), §. 7 I. de hered. ab intest. (3, 1).

b) Nov. 118 pr. (§. 453 Note c).

denten und dem Erblasser keiner, dem deferirt wird, in der Mitte steht[c]).

Die zweite Classe bilden die successionsberechtigten Ascenden-

---

c) Nov. 118 c. 1: Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non adquiruntur; nam in usu harum rerum, qui debet adquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus. sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminae sint, et seu ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti. Et haec quidem de successionibus descendentium disposuimus. Consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendentium successionem vocentur. Bey der Beerbung der Mutter durch die Kinder treten die Rechte des Vaters vermöge der väterlichen Gewalt (§. 436), oder wenn die Kinder schon emancipirt sind, vermöge eines nachträglichen praemium emancipationis in Wirkung (§. 436 Note h.). Dieses nachträgliche praemium besteht in dem Nießbrauch an einer Virilportion, auch bey Kindern verstorbener emancipirter Söhne, L. 3 C. de bon. mat. (6, 60). Aber, und dieß ist ein Recht, das mit der väterlichen Gewalt in keinem Zusammenhange steht, selbst bey der Erbfolge der Kinder einer Tochter soll der Vater (Ehemann der Erblasserin) dieses Recht haben, L. 3 cit. a. E. Vgl. Schrader, Abhandl. I. 4 (1808), der aber dieses Recht unrichtig als ein Erbrecht des Ehemanns an dem Vermögen seiner Frau qualificirt. — Die Berechnung jener Quote des Vaters ist bestritten, vgl. Schrader a. a. O. und Vangerow §. 415. Das Consequente ist unter Virilportionen die Stammtheile zu verstehen. Die Quote des Vaters wird von jedem Stamm gleichmäßig getragen, in jedem Stamm aber giebt jeder darin stehende Erbe einen seinem Antheil entsprechenden Beitrag. Die Beiträge jedoch der noch in väterlicher Gewalt stehenden Erben gehen dem Vater ab, weil er ja von deren Erbtheilen den Nießbrauch vollständig hat, daneben also nicht noch auf jenes praemium von diesen Erbtheilen Anspruch haben kann.

ten, aber so, daß der nähere Grad den entfernteren ausschließt, mit diesen zugleich die vollbürtigen Geschwister, denen die Söhne und Töchter verstorbener vollbürtiger Geschwister hinzugefügt worden sind[d]).

---

d) Nov. 118 c. 2: Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem aut mater aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem; nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem, differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi, sive per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis sive sub potestate fuerit is, cui succedunt. Reliquum est, ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere, et in agnatos et cognatos dividitur, ut etiam hac parte disposita, undique perfecta lex inveniatur. c. 3: Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non exsistentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem ei iungebantur, praeponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu, sive a patre sive a matre sint thii, et sive masculi, sive feminae, sicut eorum parens praeponeretur, si viveret. Et ex diverso, si quidem superstes frater ex utroque parente coniungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem iungebatur, huius filios ab hereditate excludi-

Die dritte Classe bilden die halbbürtigen Geschwister (consanguinei und uterini), und mit ihnen zugleich die Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister[e]).

Die vierte Classe bilden alle übrigen Verwandten, ohne Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft, aber so, daß der nähere Grad den entfernteren ausschließt[f]).

Diesen schließt sich als eine fünfte Classe die bonorum pos-

mus, sicut ipse, si viveret, ab hereditate excludebatur. Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum iura succedant. Nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. — Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre, praeponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. Si vero neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu, ipsi reliquis praeponantur. si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita nostrae leges appellant. Nov. 127 c. 1: Hoc itaque iuste corrigentes sancimus, ut, si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres, qui possint cum parentibus vocari, et alterius praemortui fratris filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris, quorum pater ex utroque parente iungebatur defuncto, et absolute dicimus: ordinem, quando cum solis vocantur fratribus, eundem eos habere iubemus, et quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hereditatem, hoc iubentes ex cal. Ian. praesentis indictionis undecimae. Man hat den Begriff des Repräsentationsrechts auf die Succession der Geschwisterkinder mit den Geschwistern beschränken wollen (im Gegensatz zur Succession iure proprio, zu welcher die Succession entfernterer Descendenten mit den näheren gehöre). Dieser erdichtete Begriff hat zu mehreren Irrthümern geführt. Man mag den einmal üblichen Ausdruck Repräsentationsrecht beibehalten, aber man darf darunter nichts anderes verstehen, als daß einmal der entferntere Grad der Verwandtschaft kein Hinderniß ist, und sodann, daß für die nach Repräsentationsrecht Succedirenden die Theilung in stirpes eintritt. Dieß aber gilt von den Descendenten so gut als von den Geschwisterkindern.

e) Nov. 118 c. 3 (Note d).

f) Nov. 118 c. 3 (Note d).

sessio unde vir et uxor, das prätorische Erbrecht des Ehegatten an, welcher allen Verwandten nachsteht.

2. Successive Delation[a]).

§. 458.

Vermöge der Successionsordnung sind die Personen einer späteren Classe durch die Existenz von Successionsberechtigten einer früheren Classe, und in den Classen, wo die Nähe des Grades entscheidet, Personen entfernteren durch die Existenz von Successionsberechtigten näheren Grades von der Delation ausgeschlossen. Ist nun aber die Delation unwirksam geblieben, d. h. ist niemand ihr zu Folge Erbe geworden[b]), so wird sie nach der Successionsordnung erneuert[c]) an die folgenden von der früheren Delation nicht betroffenen Successionsberechtigten[d]). Diese successive Delation tritt 1) als Succession der Grade ein, wenn in einer Classe die Nähe des Grades entscheidet, und der nähere Delat nicht Erbe wird[e]); sodann, wenn keine Personen vorhanden sind, an welche

---

a) Dig. XXXVIII. 9. Cod. VI. 16: de successorio edicto.

b) Vgl. L. 2 D. h. t. Eine Delation an Mehrere ist erst dann unwirksam, wenn keiner von ihnen Erbe geworden, §. 9 I. de bon. poss. (3, 9): Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda b. p. anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis b. p. non petierit, eiusdem gradus personis accrescit, vel si nemo sit deinceps, ceteris perinde b. p. ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset —. Man hat dieß neuerdings bestritten, und eine Ausschließung der Accrescenz durch die successive Delation, wenigstens wo sie als successio graduum eintritt, behauptet, so Francke, Beiträge 8 (1828), M. S. Mayer, Recht der Anwachsung (1835) S. 266 ff., besonders wegen L. 2 §. 18 D. ad S. C. Tertull. (38, 17). S. dagegen u. a. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 632 Note 8. Büchel, Streitfragen aus der Nov. 118 S. 82 ff. Vangerow, Leitfaden §. 420.

c) Der gewöhnliche Name für diese Wiederholung der Delation ist successio ordinum et graduum. Etwas anderes ist das Transmissionsrecht, eine Succession in die Delation, wobey diese aufrechterhalten wird (§. 502).

d) Sie müssen successionsberechtigt, also schon zur Zeit des Todes des Erblassers in rerum natura gewesen seyn, weil sie sonst keinen Successionsgrund für sich haben, L. 6—8 D. de suis et legit. (38, 16); hinsichtlich sonstiger Eigenschaften ist nur auf die Zeit der neuen Delation zu sehen.

e) Also in der zweiten Classe hinsichtlich der Ascendenten (immer das Erforderniß Note b vorausgesetzt) und in der vierten Classe. Unrichtig ist

sie als succ. graduum geschehen könnte, 2) als Succession der Classen, also an die Successionsberechtigten der folgenden Classe[f]). Die successive Delation wiederholt sich so oft, als der Fall der Succession eintritt und noch Successionsberechtigte vorhanden sind.

3. Außerordentliche Succession.

§. 459.

Eine außerordentliche Succession, d. h. eine solche, die von der obigen Successionsordnung eine Ausnahme macht, ist 1) die Succession der Concubinenkinder (§. 455); 2) die der armen Wittwe (§. 456).

---

die gewöhnliche Meinung, daß in allen Classen die successio graduum eintrete z. B. in der ersten Classe hinsichtlich des entfernteren Descendenten, zwischen dem und dem Erblasser zur Zeit der ersten Delation ein Successionsberechtigter stand. Denn nicht der Grad ist es, der hier den entfernteren ausgeschlossen hat. Ein solcher kann nur durch Succession in die Delation seines Vorgängers (durch Transmissionsrecht) Erbe werden. Es hat sogar nicht an solchen gefehlt, die eine Succession der Grade für das ältere Recht in der bonorum possessio unde liberi annahmen, ohne zu bedenken, ob die Nachrückenden denn auch die Eigenschaft der liberi im Sinne dieser prätorischen Erbclasse besitzen. Wie man nun mit Recht diese Meinung gewöhnlich verwirft, so muß sie auch für das Erbrecht der Nov. 118 aus demselben Grund verworfen werden, welches die entfernteren Descendenten in dem vorhin bezeichneten Fall gar nicht als successionsberechtigte Descendenten anerkennt, und daher weder bey der ersten, noch bey einer zweiten ꝛc. Delation in der ersten Classe rufen kann. Die Bestimmung der Berufenen als Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser kein Successionsberechtigter in der Mitte steht, ist in Gemäßheit des veränderten Erbrechtsprincips an die Stelle der Bestimmung als sui (nach Civilrecht) und als liberi (nach prätorischem Recht) getreten, und hat dieselbe ausschließende Bedeutung. — Gegen meine Ansicht haben sich u. A. erklärt Büchel, Streitfragen S. 114 ff., der übrigens doch die successio graduum wenigstens bey den Geschwisterkindern (aus andern Gründen) ausschließt, und Vangerow, Leitfaden §. 420, der sie überall zulassen will. Der Letztere thut mir und sich Unrecht, wenn er die obige Auseinandersetzung so versteht, als enthalte sie eine bloße Argumentation aus dem (unächten) Wort successio graduum. Denn es ist nicht das Wort, sondern die Sache und ihr Begriff (den ich nur der Kürze wegen mit dem herkömmlichen Wort bezeichnet habe), worauf die aus der ersten Ausgabe herübergenommene Argumentation beruht.

f) L. 15 §. 3 C. de legit. hered. (6, 58).

C. Erbtheile.

§. 460.

Wenn der Successionsordnung gemäß Mehreren zusammen das Erbrecht deferirt wird, so ist die absolute Gleichheit ihrer Antheile an der Erbschaft, die Succession in capita, die natürlichste Bestimmung hinsichtlich der Erbtheile. Eine Abweichung davon, so daß Mehrere zusammen nur für einen Theil berufen werden, tritt ein 1) wo das s. g. Repräsentationsrecht stattfindet, und demzufolge Kinder zusammen nur den Theil erhalten, den ihr verstorbener (oder sonst nicht successionsberechtigter) Parens erhalten haben würde, also in der ersten Classe hinsichtlich der Enkel, Urenkel ꝛc.[a]), in der zweiten und der dritten Classe hinsichtlich der Geschwisterkinder[b]), — Succession in stirpes, nach Descendentenstämmen; 2) wenn mehrere gleich nahe Ascendenten verschiedener Linie allein (ohne Concurrenz von Seitenverwandten) succediren; hier fällt die eine Hälfte der Erbschaft an die väterlichen, die andere an die mütterlichen Ascendenten, — Succession in lineas, nach Ascendentenlinien[c]). Bey dieser Succession in stirpes und in lineas kann eine mehrfache Verwandtschaft zu einer mehrfachen Portion berechtigen. In allen anderen Fällen (also bey Descendenten ersten Grades, bey Ascendenten und Geschwistern, bey Geschwistern, und in der vierten Classe) geschieht die Succession in capita. Die Art der Theilung bestimmt sich nach dem Personenstand zur Zeit der Delation[d]) Der Ursprung der Güter hat keinen Einfluß auf die

---

a) Nov. 118 c. 1. Gleichviel ob sie mit Descendenten des ersten Grads concurriren oder nicht, L. 8 §. 8 D. de inoff. test. (5, 2), L. 2 C. de suis et legit. (6, 55). Vgl. auch §. 456 Note c.

b) Nov. 118 c. 3. Wenn Geschwisterkinder allein succediren, so sollen sie nach der willkürlichen Entscheidung einer alten Controverse (Glück, Intestaterbf. S. 664 ff.) im R. A. zu Speyer 1529 §. 31 in capita erben. Dabey ist wohl zu merken, daß durch dieses Gesetz eben nur dieser Satz festgestellt, keineswegs die irrige Doctrin, durch die er entstand, legalisirt worden ist. Dadurch, daß dieß mißkannt wurde, ist diese Controversenentscheidung wieder die Mutter neuer Controversen geworden.

c) Nov. 118 c. 2.

d) Einige wollen sie auf den schwankenden und ungleichen Zeitpunkt der Adquisition stellen, was nur um den Preis weiterer Willkürlichkeiten möglich ist. Man hat sich wohl auf L. 2 C. ad S. C. Orphit. (6, 57) berufen, die aber in der That nichts davon enthält, vgl. Büchel, Streitfragen S. 250—52.

Theilung[e]), mit Ausnahme der Erbfolge von Kindern aus verschiedenen Ehen[f]).

II. Testamentarische Erbfolge.

A. Vom letzten Willen überhaupt.

§. 461.

Die letztwilligen Dispositionen, die in letztwilligen Rechtsgeschäften (letzten Willen in diesem Sinn) gemacht werden, bestehen theils in Vermögensdispositionen zu Gunsten eines Andern, theils in sonstigen Anordnungen. Von jenen gehört hieher nur die Ernennung von Erben[a]). Diese kann nur in einem Rechtsgeschäft geschehen, das die Eigenschaft eines Testaments hat, und dessen Begriff eben in diesem seinem Inhalt liegt, so daß keine Erbeinsetzung ohne Testament, und kein Testament ohne Erbeinsetzung möglich ist.

B. Vom Testament.

1. Fähigkeit zu testiren[a]).

§. 462.

Testamentifactio im eigentlichen Sinn ist die Fähigkeit des testamentarischen Erbrechts (die Rechtsfähigkeit, die dazu gehört, um

---

e) Nach L. 13 §. 2 C. de legit. her. (6, 58): — ut pater habeat usumfructum, fratres autem et sorores dominium rerum relictarum, exceptis maternis rebus, in quibus, si ex eadem matre fratres vel sorores sint, eos solos vocari oportet, sin autem non supersint, tunc ad similitudinem aliarum rerum in totam fraternitatem dominium earum cedere, ut sit apertissimus in omnibus tractatus et non per differentiam personarum vel rerum vacillare noscatur, hatten die vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen consanguinei das voraus, daß sie das Muttergut des Erblassers vorwegnahmen. Dieß ist nach dem neueren Recht (vgl. Nov. 84) natürlich weggefallen, wonach die vollbürtigen die halbbürtigen nicht bloß vom Muttergut, sondern von der ganzen Erbschaft ausschließen. Gegen die durch jene Stelle veranlaßte früher gewöhnliche Meinung, daß von concurrirenden Halbgeschwistern die uterini das Muttergut, die bloßen consanguinei das von dem Vater stammende Vermögen des Erblassers vorwegnähmen, s. Francke, Beiträge (1828) I. 7.

f) §. 428 bey Note e.

a) Von Vermächtnissen und der Anordnung von mortis causa capiones s. unten Kap. 5.

a) Inst. II. 12: quibus non est permissum testamenta facere. Dig.

bey einem Testament als Testator, oder als Honorirter, oder als Zeuge vorzukommen); es kann jemand testamentifactio haben, der aus andern Gründen unfähig ist, ein Testament zu machen[b]). Aber testamentifactio heißt auch die Fähigkeit zu testiren überhaupt[c]), die gewissen Personen entzogen ist, theils wegen Mangels der eigentlichen Testamentifactio (intestabiles), theils aus andern Gründen (s. §. 463). Zur Gültigkeit des Testaments wird erfordert, daß der Testator zur Zeit seiner Errichtung fähig[d]), davon überzeugt war[e]), und auch nachher die Fähigkeit nicht durch capitis deminutio oder Delict verloren hat. Dieser Verlust steht der hereditas ex testamento entgegen, auch wenn der Testator vor seinem Tod die Fähigkeit wiedererlangt hätte, der bonorum possessio nicht, nur verlangt das prätorische Recht, wenn es sich um eine Arrogation (also um eine mit dem Willen des Testators geschehene Aufhebung der Fähigkeit) handelt, daß der Testator seinen Willen der fortdauernden Gültigkeit des Testaments nach der Wiederbefreiung von der Gewalt zu erkennen gegeben habe[f]).

XXVIII. 1: qui testamenta facere possunt etc. Cod. VI. 22: qui test. fac. possunt vel non.

b) L. 16 D. h. t.: Filiusfamilias et servus alienus et postumus et surdus testamenti factionem habere dicuntur; licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis adquirere possunt. Marcellus notat: furiosus quoque testamenti factionem habet, licet testamentum facere non potest. Ideo autem habet testamenti factionem, quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum, nam etiam compotibus mentis personales actiones etiam ignorantibus adquiruntur. L. 18. 26 eod., §. 4 I. de hered. qual. (2, 19).

c) L. 1 §. 1 D. de tut. act. (27, 3): — — testamenti factio pupillis concessa non est —. L. 1 pr. D. de test. mil. (29, 1). Man pflegt dieß die active Testamentifactio zu nennen, im Gegensatz zur passiven, der Fähigkeit, in einem Testament bedacht zu werden.

d) L. 19 D. h. t. (28, 1), vgl. L. 1 §. 1. 5 D. de leg. III. (32).

e) L. 1 pr. eod. Ausnahme bey Soldaten, L. 11 §. 1 D. de test. mil. (29, 1).

f) Civilrecht, §. 4 I. qu. mod. test. infirm. (2, 17), vgl. §. 5 I. qu. non est perm. test. f. (2, 12). Prätorisches Recht, L. 1 §. 8 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): — — si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit, bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. §. 6 I. qu. mod. test. inf. L. 11 §. 2 D. de b. p. sec. tab. Es entsteht aber die Frage, ob die b. p. gegenüber einem Intestaterben (wenn nicht der b. possessor selbst der nächste Intestaterbe ist) cum

§. 463.

Unfähig zu testiren macht:

1) capitis deminutio magna[g]. Deshalb sind unfähig die zu einer Capitalstrafe rechtskräftig Verurtheilten[h]. Die Unfähigkeit setzt Verurtheilung voraus, daher ist der vor dem Urtheil, ja auch pendente appellatione versterbende Angeklagte nicht unfähig, es wäre denn daß er sich aus Schuldbewußtseyn entleibt hätte[i]. Diese Unfähigkeit der capite damnati ist heutzutage, da der Grund derselben weggefallen ist, als allgemeines Recht unanwendbar. Wo man sie partikularrechtlich beibehalten hat, ist sie als Folge deutscher Infamia zu betrachten.

2) Verurtheilung wegen eines Pasquills[k].

3) Notorischer Zinswucher, wofern der Wucherer nicht die Wiedererstattung der gesetzwidrigen Zinsen bewerkstelligt[l].

4) Prodigalitätserklärung, wodurch indessen nicht das schon vorher von dem prodigus gemachte Testament ungültig wird[m]. — Während die drey ersten Arten der Unfähigkeit einen Mangel der eigentlichen Testamentifactio entschieden in sich schließen, so liegt dieser vierte gewissermaßen auf der Gränze zwischen dieser Unfähig-

---

re oder sine re sey? Das erste scheint angenommen werden zu müssen, weil die angeführten Stellen die Unwirksamkeit (die doch außerdem in den meisten Fällen eintreten müßte) nicht aussprechen, und dieß ist die herrschende Ansicht (s. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXIX S. 30 ff.); das zweite aber scheinen nicht bloß Gai. II. 148. 149 cf. 120 und Ulp. XXIII. 6, sondern auch L. 12 pr. D. de iniusto test. (28, 2) zu sagen: — — circa iniustum et irritum testamentum — si b. p. data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit. Fabricius, Ursprung u. Entwickl. der b. p. S. 136 ff.

g) Wächter, über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und verhängter Strafen, Archiv für civ. Pr. XVII. 14 (1834).

h) L. 8 D. h. t. (28, 1).

i) L. 9. 13 §. 2 eod., L. 2 C. h. t. (6, 22).

k) L. 18 §. 1 D. h. t. (28, 1), Wächter a. a. O. S. 437 f.

l) c. 2 de usur. in VI. (5, 5). Wächter a. a. O. S. 422 f. verwirft die von der herrschenden Meinung getragene Anwendbarkeit dieser Bestimmung, weil das Vergehen gegen die Zinsgesetze im deutschen Criminalrecht mit andern Strafen bedroht sey.

m) §. 2 I. h. t. (2, 12), L. 18 pr. D. h. t. (28, 1): Is cui lege bonis interdictum est — — nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat. Ulp. fragm. XX. 10.

keit und der aus andern Gründen, wie sie die folgenden Nummern enthalten[n]).

5) Mangel der selbstständigen Persönlichkeit. Deshalb sind filiifamilias unfähig zu testiren, ausgenommen über ihre bona castrensia vel quasi, in deren Rücksicht sie als patresfamilias gelten[o]). Das Vorrecht, über die bona castrensia zu testiren, hat der filius nicht bloß während er Soldat ist, aber es setzt voraus, daß er nicht eine missio ignominiosa erhalten habe[p]). Ueber keine anderen Güter kann der filiusfamilias testiren, auch nicht über die sogenannten adventicia irregularia[q]). Auch mit Einstimmung des Vaters kann der Filius nicht testiren, weil dieses keine Handlung ist, die auf Autorität oder Befehl eines Andern geschehen kann[r]); schenken kann er mortis causa permittente patre, eben weil dieß ein Geschäft ist, das auf Befehl des Vaters vorgenommen werden kann[s]). Von dieser mortis causa donatio allein ist zu verstehen die Stelle des canonischen Rechts, in welcher man sehr mit Unrecht den extravaganten, und gegen das eben erwähnte erste Princip der Testamentserrichtung anstoßenden Satz hat finden wollen, ein Filius könne mit Einstimmung des Vaters zu einem frommen Zweck testiren[t]).

6) Unmündigkeit[u]). Der Grund dieser Unfähigkeit der impuberes liegt nicht in der Vormundschaft, daher sind mündige Minderjährige auch nach heutigem Rechte, ungeachtet sie den Unmündigen in Absicht auf die Vormundschaft gleichgestellt sind, fähig

n) Vgl. Savigny, System II S. 482 Note.

o) L. 16 pr. D. h. t. (§. 462 Note b), L. 3 §. 1 L. 11. 12 C. h. t. (6, 22), pr. I. h. t. (2, 12), Ulp. fragm. X. 15.

p) pr. I. cit., L. 26 §. 1 D. de test. mil. (29, 1).

q) L. 11 C. h. t. (6, 22). Darin hat auch Nov. 117 c. 1 keine Aenderung gemacht, indem sie den „volljährigen" Kindern nur die freie „Verwaltung" solcher Güter, mit keinem Wort aber die Fähigkeit darüber zu testiren zuspricht, vgl. Glück, Comment. XXXIV S. 125 ff.

r) S. auch L. 3 D. h. t. (28, 1): Testamenti factio non privati sed publici iuris est.

s) L. 25 §. 1 D. de m. c. don. (39, 6), vgl. L. 9 §. 2 D. de donat. (39, 5).

t) c. 4 de sepult. in VI. (3, 12).

u) §. 1 I. h. t. (2, 12), L. 5 D. h. t. (28, 1).

zu testiren. Die Vormundschaft an sich nimmt weder diese Fähigkeit dem, der sie hat, noch giebt sie dieselbe dem, der sie nicht hat; ein zum Testiren fähiger Bevormundeter testirt ohne Beiziehung des Vormunds, ein Unfähiger kann nicht mit Beiziehung des Vormunds testiren, ja die vormundschaftliche Mitwirkung würde selbst das Testament unförmlich machen.

7) Unfähigkeit verständlich zu sprechen oder zu schreiben. Darauf hat schon Justinian[v]) und in Folge dessen auch die Notariatsordnung[w]) die Bestimmungen des älteren R. R. über die Unfähigkeit der Stummen und Tauben[x]), wovon Soldaten eine Ausnahme machten[y]), reducirt. Für schlechthin unfähig sind die taubstumm Gebornen erklärt[z]). Wäre ein solcher auch durch Unterricht zur Fähigkeit des schriftlichen oder mündlichen Ausdrucks gelangt, so würde er doch nur nach einer sorgfältigen amtlichen Untersuchung für fähig zu testiren erachtet werden dürfen; viele Juristen fordern sogar specielle Erlaubniß von Seiten des Regenten[z*]).

8) Es versteht sich von selbst, daß die völlig Handlungsunfähigen auch zur Errichtung eines Testaments unfähig sind, also Wahnsinnige[aa]) und alle, die sich außerdem in einem Zustand der Verstandlosigkeit, sey es durch Alter, Krankheit oder andere Gründe befinden[bb]), ein Zustand, der auch aus dem Inhalt des Testaments selbst erwiesen werden kann[cc]). Was die eigentlichen Geisteskranken anlangt, so können solche, weil ein nachher eintretender Wahnsinn das gültig errichtete Testament nicht aufhebt, auch in lichten Zwischenräumen, in welchen die Geistesfreiheit völlig vorhanden ist, gültig testiren[dd]).

---

v) L. 10 C. h. t. (6, 22), L. 29 C. de testam. (6, 23).

w) N. O. 1512 Tit. II. von Test. §. 4.

x) L. 6 §. 1 L. 7 D. h. t. (28, 1), Ulp. fragm. XX. 13.

y) L. 4 D. de test. mil. (29, 1).

z) L. 10 C. h. t. (6, 22).

z*) Vgl. Sell, Jahrb. II. 11, 1.

aa) L. 16 §. 1 D. h. t. (28, 1).

bb) L. 2. 17 eod., L. 3 pr. C. h. t. (6, 22).

cc) L. 27 pr. D. de cond. inst. (28, 7).

dd) L. 9 C. h. t. (6, 22).

2. Form des Testaments[a]).

a. Privattestamente.

α. Ordentliche Form.

§. 464.

Die Errichtung eines Testaments fordert die Zuziehung von sieben[b]), zur Zeit der Errichtung fähigen[c]) Solennitätszeugen[d]), vor welchen zusammen der Act, so daß ihre Wahrnehmung desselben durch nichts verhindert ist[e]), ohne wesentliche Unterbrechung, als Einer (unitas actus) vorgenommen werden muß[f]). Ein münd-

---

a) Inst. II. 10: de testamentis ordinandis. Dig. XXVIII. 1: qui test. fac. possunt et quemadmodum testamenta fiant. Cod. VI. 23: de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

b) §. 1—3 I. h. t. N. O. 1512 Tit. II von Test. §. 2.

c) L. 22 §. 1 D. h. t. (28, 1) §. 465.

d) Rogation, L. 21 §. 2 eod.: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. Quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere. L. 27 eod.: Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? Iuventius Celsus Labeoni suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit. (Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. I §. 99 Note n.) L. 21 pr. C. h. t. (6, 23), L. 8 §. 3 C. de codic. (6, 36). Freiwillige Annahme, L. 20 §. ult. D. h. t. (28, 1).

e) L. 8 in f. C. qui test. fac. p. (6, 22), L. 22 §. 6 D. h. t. (28, 1). Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est. Man darf wohl hieher auch die Vorschrift der L. 9 C. h. t. (6, 23): — in conspectu testatoris testimoniorum officio functi — beziehen. Wird der letzte Wille bey der Errichtung selbst niedergeschrieben (sey übrigens das Testament schriftlich oder mündlich), so gehört zur Kraft dieser Schrift, daß sie vor dem Testator und den Zeugen vorgelesen werde, N. O. a. a. O. §. 5.

f) L. 21 §. 3 D. h. t. (28, 1): Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur. §. 3 I. h. t. (2, 10), L. 21 pr. 28 pr. C. h. t. (6, 23), N. O. a. a. O. §. 7. Durch eine übersubtile und ungehörige Spaltung des Erfordernisses (s. Marezoll, über die bey der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit

liches Testament (testamentum nuncupativum, wozu dann die schriftliche Aufzeichnung des Beweises wegen kommen kann) fordert die verständliche Erklärung des Inhalts des Testaments durch den Testator vor den Zeugen[g]). Ein schriftliches Testament, bey dem die Urkunde (deren Material und Sprache übrigens gleichgültig ist)[h]) zur Form des Testaments gehört, wird dadurch errichtet, daß der Testator vor den Zeugen den Inhalt der (entweder vorher oder jetzt erst abgefaßten) Urkunde als seinen letzten Willen erklärt, sie unterschreibt[i]), und sodann von den Zeugen, die hier den Inhalt des Testaments nicht zu erfahren brauchen, unterschreiben und signiren läßt, welches beides (subscriptio und signatio) nach heutigem Recht entweder in der Urkunde oder außen auf dem Umschlag geschehen kann[k]). Das eigenhändige Einschreiben des Namens der Erben ist nach neuestem Recht nicht mehr erforderlich[l]).

---

des Orts, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IV. 4) ist man zu dem sinnlosen Resultate gekommen, daß ein kurz vor Mitternacht begonnenes und nach Mitternacht vollendetes Testament ungültig sey. Vgl. auch Sell, Jahrbücher III. 1.

g) L. 21 pr. D. h. t. (28, 1), L. 21 §. 2 L. 26 C. h. t. (6, 23).

h) §. 12 I. L. 12 C. h. t., L. 4 D. de b. p. sec. tab. (37, 11), L. 20 §. 9 D. h. t. (28, 1). Keine Zeichenschrift, L. 6 §. 2 D. de bon. poss. (37, 1).

i) L. 21 pr. C. h. t. (6, 23), N. O. a. a. O. §. 7. Nur wenn er das ganze Testament eigenhändig geschrieben, und dieß ausdrücklich bemerkt hat (test. holographum), ist seine Unterschrift nicht nothwendig, L. 28 §. 1 C. h. t.

k) L. 22 §. 5 L. 30 D. h. t. (28, 1): Singulos testes qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cuius testamentum signaverit. Das römische Recht fordert Unterschrift, Versiegelung und Ueberschrift, s. v. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. II S. 182 ff. Spangenberg, Archiv für civ. Pr. V. 5. Seit dem Mittelalter hat man die signatio als Besiegelung (Beidrückung eines Beglaubigungssiegels bey der Unterschrift) behandelt und nur einmalige Namensschrift der Zeugen gefordert, Puchta, Gewohnheitsrecht II S. 72 f. Zu dieser Behandlung der Siegel paßt eigentlich nicht mehr der Satz, daß die Siegel eigene oder fremde seyn können, L. 22 §. 2 D. h. t. (28, 1), §. 5 I. h. t. (2, 10). Indessen hat doch die N. O., die §. 7 das „gewöhnliche Signet" des Zeugen erwähnt, §. 10 nachgelassen, daß Zeugen, „so nicht eigen Signet hätten, eins oder mehr der andern Signeten sich hierin gebrauchen".

l) Nov. 119 c. 9, vgl. §. 4 I. h. t. (2, 10).

§. 465.

Die Fähigkeit, Testamentszeugen zu seyn, ist entzogen 1) denen, welchen die Testamentifactio im eigentlichen Sinn fehlt (§. 463, 1—4)[m]); 2) die schon eines einfachen Beweiszeugnisses unfähig sind[n]); 3) Frauenspersonen[o]); 4) Wahnsinnigen, Unmündigen, Stummen, Tauben, Blinden[p]); 5) dem eingesetzten Erben und den mit ihm durch väterliche Gewalt verbundenen Personen[q]); 6) den in der Gewalt des Erblassers stehenden Personen[r]). Bloß die Gewalt giebt ein Hinderniß, daher emancipirte Söhne bey des Vaters Testament Zeugen seyn können, wie umgekehrt der Vater bey dem ihrigen. Darum müssen auch bey dem Testament des Sohns über die bona castrensia vel quasi Vater und Bruder Zeugen seyn können, da der Sohn in diesem Act paterfamilias ist[s]). —

m) L. 18. 20 §. 7 L. 26 D. h. t. (28, 1).

n) Zwar die Vorschrift des canonischen Rechts, daß ein Verbrechen, das dem Zeugen auch später bewiesen wird, das Beweiszeugniß entkräftet, kann der Natur der Sache nach nicht hieher bezogen werden, wohl aber sind wegen eines die Ehre mindernden Verbrechens Verurtheilte für unfähig zu halten, nach Nov. 90 c. 1 ist Unbescholtenheit überhaupt zu fordern, wenn nicht ein Nothfall eintritt.

o) L. 20 §. 6 D. h. t. (28, 1), L. 15 §. 1 D. de testib. (22, 5).

p) L. 20 §. 4 D. h. t., §. 6 I. h. t. (2, 10). Die Blinden werden freilich nirgends im Corpus Juris als unfähige Zeugen genannt; man möge aber überlegen, ob dieß wohl geschehen seyn möge, weil sie in der That für fähig geachtet wurden, oder nicht vielmehr, weil es den römischen Juristen gar nicht in den Sinn kam, blinde Zeugen bey einem Act für möglich zu halten, dessen Wahrnehmung (bey schriftlichen Testamenten ohnedieß, aber auch bey mündlichen) ohne den Sinn des Gesichts nicht vollständig und in allen seinen wesentlichen Momenten möglich ist.

q) §. 10 eod., L. 20 pr. D. h. t. (28, 1).

r) L. 20 pr. cit.

s) L. 20 §. 2 eod. Gaius (II. 106) hat eine andere, nicht zu rechtfertigende Meinung, und diese haben die Verfasser der justinianischen Institutionen aus den seinigen herübergeschrieben, §. 9 I. h. t. (2, 10). Unter diesen Umständen haben wir die consequente Ansicht vorzuziehen (§. 19). Aus einem Streben nach Widerspruchsvereinigung um jeden Preis heraus hat man vorgeschlagen, die Pandektenstelle im Sinne der Compilatoren von einem Soldatentestament zu verstehen, bey dem gar keine Zeugen nöthig, also auch unfähige möglich seyen! (Vangerow, Leitfaden §. 444.) Ich halte den Vorwurf, der bey der Annahme eines Widerspruchs die Compilatoren trifft, für den bey weitem geringern unter beiden.

Ein Irrthum über die Qualität des Zeugen macht den unfähigen nicht zum fähigen[t]).

β. Außerordentliche Form.

a. Wegen der Person des Testators.

§. 466.

Das Testament eines Soldaten[a]) fordert keine Solennität, sondern nur Gewißheit des Willens[b]). Diese Formlosigkeit ist aber beschränkt auf eingereihte Soldaten und auf die Zeit des Feldzugs[c]), nach der Notariatsordnung auf Testamente während des Gefechts[d]). Ein solches iure militari errichtetes Testament wird aufgehoben durch eine missio ignominiosa, nach einem sonstigen Abschied durch Ablauf eines Jahres[e]).

Das Testament eines Blinden fordert außer den gewöhnlichen Solennitäten noch die Zuziehung eines Notars oder achten Zeugen, der den von dem Testator den Zeugen vollständig und so daß kein Zweifel über die Identität der bedachten Personen bleibt, erklärten Willen in Gegenwart der Zeugen niederschreibt, oder, wenn er vorher geschrieben worden ist, vorliest, und welcher sodann auf die bekräftigende Erklärung des Testators das Testament mit den Zeugen unterschreibt und signirt[f]).

---

t) Die Vorschrift, daß ein Testament nicht ungültig seyn soll, wenn sich später ergiebt, daß ein Zeuge, der allgemein als Freier galt, Sklave gewesen, L. 1 C. h. t. (6, 23), §. 7 I. h. t. (2, 10), war eine durch die Umstände im römischen Staat gebotene, die keine analoge Anwendung auf die übrigen Fälle der Unfähigkeit zuläßt.

a) Inst. II. 11: de militari testamento. Dig. XXIX. 1. Cod. VI. 21: de testamento militis. Dig. XXXVII. 13: de bonorum possessione ex testamento militis.

b) L. 1 pr. 36 pr. 40 pr. D. h. t., L. 15 C. eod., §. 1 I. h. t. Dieß gilt auch von der Bestätigung eines früher errichteten, §. 4 I. eod., L. 15 §. 2 D. h. t. (29, 1).

c) L. 42 D. L. 17 C. pr. I. h. t. Ausgedehnt auf solche Personen, die in ihrem Beruf die Gefahr der Soldaten theilen, und darin umkommen, L. ult. D. h. t. (29, 1), L. un. D. de b. p. ex test. mil. (37, 13).

d) Außer dem Gefecht fordert sie während des Feldzugs die Zuziehung von zwey Solennitätszeugen, N. O. Tit. II. §. 2 a. E.

e) §. 3 I. h. t. (2, 11), L. 26 D. eod. (29, 1).

f) L. 8 C. qui test. fac. p. (6, 22), N. O. a. a. O. §. 9.

Das schriftliche Testament einer Person, die nicht schreiben kann, sey es aus Unkunde oder aus andern Gründen, fordert die Zuziehung eines octavus subscriptor, dessen Unterschrift die des Testators vertritt[g]).

b. Wegen besonderer Umstände bey der Errichtung.

§. 467.

Wenn zur Zeit der Herrschaft einer ansteckenden Krankheit die Zeugen Bedenken tragen, sich zu versammeln, so wird ihnen verstattet, abgesondert, und auch wohl ohne sich dem Testator zu nähern, das, was von ihrer Seite zur Testamentserrichtung erforderlich ist, vorzunehmen[a]).

Wer in dem Fall ist, ein Testament auf dem Lande zu machen, kann im Nothfall vor fünf Zeugen, und wenn nicht alle schreiben können, so testiren, daß die Schreibkundigen für die übrigen mit unterschreiben, in welchem Fall aber die Zeugen den Inhalt des Testaments erfahren, und nach dem Tod des Erblassers darüber eidlich vernommen werden müssen[b]).

---

g) L. 21 pr. 28 §. 1 C. de testam. (6, 23). Aus dem Ausdruck subscriptor den Schluß zu ziehen, diese achte Person brauche nicht die Eigenschaft eines Zeugen zu haben (Vangerow, Leitfaden §. 445), ist unzuläßig und gegen die Vernunft der Sache, da der Gesetzgeber sicher nicht bloß, um einen Namen mehr unter dem Testament zu haben, die Vorschrift gemacht hat.

a) L. 8 C. de testam. (6, 23): Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solennitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos (al. oppresso) eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata. Vgl. Basil. XXXV. 2, 7. Cuiacius Observ. 26, 10. Vgl. Marezoll, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IV S. 77 ff. (Ackermann, Archiv für civ. Pr. XXXII. 2 [1849]. R.)

b) Iustinian. L. 31 eod.: Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus, et in castris orbis romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum viget scientia, omnia quae in libris nostrorum digestorum seu

c. Wegen des Inhalts des Testaments.

§. 468.

Ein Testament, worin der Testator nur seine Kinder betreffende Dispositionen macht (testamentum parentum inter liberos)[a], gilt ohne andere Solennitäten, als daß es schriftlich abgefaßt, das Datum beigefügt wird, und von dem Testator eigenhändig die Namen der Kinder, ihre Portionen in Worten geschrieben werden[b]). Die Notariatsordnung läßt auch ein mündliches Testament zu, wobey natürlich jene Vorschriften wegfallen, dagegen aber zwey Solennitätszeugen nothwendig sind[c]). Immer setzt ein solches Testament voraus, daß nicht schon ein gültiges Testament bestehe, welches durch jenes nicht aufgehoben werden kann[d]). Auch Vermächtnisse können an eine fremde Person in einem solchen Testament nur gegeben werden, wenn diese Verfügung vor der dazu erforderlichen Zahl von Zeugen erklärt ist[e]). Verschieden von diesem Testament ist eine Verfügung über die Theilung der Erbschaft unter

---

institutionum et imperialibus sanctionibus nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesenti lege fieri innovationem. In illis vero locis in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeantur, et unusquisque pro sua persona subscribat, ubi autem non inveniuntur literati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus, minus autem nullo modo concedimus. Si vero unus aut duo vel plures sciant literas, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omni modo legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat. Marezoll, Archiv für civ. Pr. IX. 15.

a) Eine extranea persona wird für nicht beigefügt erachtet. Die Voraussetzung aber ist, daß nur die Kinder, nicht daß alle Kinder bedacht werden, daher eine Enterbung darin so gut, als in einem solennen Testament, geschehen kann.

b) Nov. 107 c. 1, L. 21 §. 3 C. de testam. (6, 23).

c) N. O. Tit. II. §. 2.

d) Nov. 107 c. 2, N. O. a. a. O.

e) Nov. 107 c. 1.

den Kindern als Intestaterben (divisio parentum inter liberos), die durch einen von dem Erblasser oder allen Kindern unterschriebenen Aufsatz geschehen kann[f]).

Nach canonischem Recht gelten Verfügungen zum Besten der Kirche (ad pias causas), wenn sie durch zwey Zeugen bewiesen werden können[g]).

b. Oeffentliche Testamente.

§. 469.

Wenn Testamente unter Mitwirkung des Gerichts errichtet werden, entweder durch Aufnahme des Testaments zu gerichtlichem Protokoll (testamentum apud acta conditum) oder durch Uebergabe der Testamentsurkunde (worin hier der Act der Testamentserrichtung besteht) zu gerichtlicher Verwahrung (testamentum iudici oblatum), so ersetzt diese Mitwirkung alle sonstigen Förmlichkeiten[a]). Auch die Annahme eines Testaments durch den Regenten (testamentum principi oblatum) hat diese Wirkung[b]). Wie das gerichtliche Testament in der Praxis sich gestaltet hat, besteht die Form der Errichtung entweder in der Verlautbarung zu Protokoll oder in der Uebergabe zu gerichtlicher Verwahrung. Darnach entscheidet sich denn auch die Frage, ob die letztere wesentlich sey[c]).

---

f) Nov. 18 c. 7, Nov. 107 c. 3.

g) cap. 4. 11 X. de testam. (3, 26). Böhmer ad hh. U. Es sind keine Solennitätszeugen, wie Viele meinen, sondern bloße Beweiszeugen gemeint, Pfeiffer, prakt. Ausführ. II S. 340 ff. (Schulte, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, N. F. VIII [1851] 6. N.) Ein offenbarer Irrthum ist es, diese Vorschrift auch auf den sonstigen Inhalt eines solchen letzten Willens zu erstrecken.

a) L. 18. 19 C. de testam. (6, 23). Vgl. W. H. Puchta, Handbuch des gerichtl. Verf. in S. der freiw. Gerichtsb. II §. 207. 208. Streitfrage: ob bey dem testamentum oblatum, im Fall der Testator nicht lesen kann, Vorlesung der von ihm überreichten Urkunde durch das Gericht erforderlich ist? Vgl. Thibaut, Archiv für civ. Pr. VI. 12. — Sell, Jahrbücher II. 11, 2 meint ohne hinreichenden Grund, Blinde könnten gar kein öffentliches Testament machen.

b) L. 19 C. cit.

c) Ein Irrthum ist es, bey dem testamentum oblatum die Uebergabe (d. h. also die Testamentserrichtung) durch einen Bevollmächtigten für zuläßig zu halten.

c. Canonische Testamente.

§. 470.

Die eigenthümliche Testamentsform, welche das canonische Recht aufgestellt hat: Errichtung des Testaments vor dem Pfarrer und zwey Zeugen [a]), ist nicht gemeines Recht in Deutschland.

3. Erbeinsetzung [a]).

a. Fähigkeit des Erben.

§. 471.

Die Erbunfähigen (§. 448) können auch nicht zur testamentarischen Erbfolge berufen, also nicht zu Erben eingesetzt werden, auch nicht unter der Bedingung des Fähigwerdens. Es ist ein Privilegium der Soldaten, daß sie selbst die Personen, die für sie zu den unfähigen gehören, unter jener Voraussetzung zu Erben ernennen können, ja daß sie stillschweigend verstanden wird [b]). Etwas anderes ist der Mangel der Capacität (§. 448), welcher kein Hinderniß der Delation, und folglich auch keines der Erbeinsetzung ist [c]). Eine solche Incapacität enthält auch die Beschränkung des zweiten Ehegatten zum Vortheil der Kinder erster Ehe (§. 428, 3), und die Vorschrift, daß, wer rechtmäßige Kinder hinterläßt, seiner Concubine und ihren Kindern zusammen nur den zwölften, der Concubine allein nur den vierundzwanzigsten Theil seiner Erbschaft zuwenden kann [d]).

---

a) cap. 10 X. de testam. (3, 26).

a) Inst. II. 14., Dig. XXVIII. 5: de heredibus instituendis. Cod. VI. 24: de hered. instit. et quae personae heredes institui non possunt.

b) L. 13 §. 2 D. de test. mil. (29, 1), L. 5 C. eod. (6, 21).

c) L. 62 pr. D. h. t. (28, 5) In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto. Idem et in legato. L. 51 pr. D. de leg. II (31).

d) Nov. 89 c. 12 §. 2. Es fehlt nicht an Juristen, die diesen Rechtssatz für unanwendbar halten (Mühlenbruch, Fortsetz. von Glück's Comment. XXXIX S. 328. 338 f.), während die Praxis sich fast ohne Ausnahme für die Anwendung erklärt hat, und mit Recht; gegenüber der Bereitwilligkeit, mit welcher man die den Concubinenkindern günstigen Bestimmungen auf uneheliche überhaupt angewendet hat, wäre die Nichtanwendung jener ungünstigen eine Verletzung des gemeinen Rechtsgefühls, wo nicht des Anstands.

b. Willenserklärung.

α. Allgemeine Erfordernisse.

§. 472.

Zur Gültigkeit einer Erbeinsetzung, so wie anderer letztwilliger Dispositionen, ist vor allem der Wille des Testators erforderlich; aber auch die Motive können auf die Gültigkeit der Verfügung Einfluß haben. Die Folge eines rechtswidrigen Zwangs als Motiv des Willens[a]) ist die gewöhnliche der Rescissibilität der auf dem Zwang beruhenden Disposition[b]), für den Zwingenden selbst tritt eine Indignität ein[c]); dieß letztere ist auch der Fall, wenn der Testator von der Errichtung oder Aenderung einer Disposition abgehalten worden ist, eine Rescission ist hier nicht möglich[d]). Der Irrthum macht eine darauf beruhende Verfügung ungültig, wenn er von der Beschaffenheit ist, daß man annehmen muß, der Testator würde sie ohne ihn nicht gemacht haben[e]). Das Motiv kann ferner

---

a) Dig. XXIX. 6. Cod. VI. 34: si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. Ueberredung aber ist kein Zwang, L. 3 D. L. 3 C. eod.

b) Nicht etwa überall des ganzen Testaments, bey dem ein Zwang vorgekommen ist.

c) Schon daraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der sonst herrschenden Meinung, der Zwang habe Nichtigkeit der erzwungenen Disposition oder wohl gar des ganzen Testaments zur Folge. Man hat dafür angeführt L. 1 C. eod. (zusammengenommen mit L. 2 §. 7 D. de b. p. sec. tab. 37, 11), wo das quos noluerit scripsit heredes offenbar nicht die Eigenschaft der durch Drohung motivirten Einsetzung als einer Willenshandlung leugnen soll, und L. 20 §. ult. D. qui testam. (28, 1), die nur sagt, daß ein Testament vor unfreiwilligen Zeugen nichtig sey, weil nämlich solche keine Zeugen sind, also das Testament ohne Zeugen errichtet ist.

d) L. 1. 2 pr. D. si quis aliqu. test. (29, 6).

e) Irrige Voraussetzung des Todes einer Person, die der Testator sonst vorgezogen hätte, L. 28 D. de inoff. test. (5, 2), vgl. L. 27 §. 4 eod., L. ult. D. de her. inst. (28, 5), L. 9. 10 C. de test. mil. (6, 21), irrige Annahme einer Verwandtschaft unter der obigen Voraussetzung, L. 5 C. de testam. (6, 23), L. 4. 7 C. de her. inst. (6, 24), L. 1 §. 11 D. de Carbon. ed. (37, 10). Ein Irrthum ohne jenen Einfluß auf den Willen ist irrelevant, L. 48 §. 3 D. de her. inst., L. 72 §. 6 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 1. 2 C. de falsa causa (6, 44). Ueber die Behandlung der Ungültigkeit, ob als Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, scheinen die römischen Juristen nicht einig gewesen zu seyn. Für den Fall der Einsetzung eines angeblichen, nachher als untergeschoben erwiesenen Sohns ist Indignität zum Vortheil des Fiscus festgesetzt, L. 46 pr. D. de iure fisci (49, 14), worin übrigens

die Disposition zu einer unsittlichen und dadurch nichtig machen; so ist die Einsetzung des Regenten litis causa (um einem Proceßgegner zu schaden) ungültig[f]), ungültig sind ferner die captatorischen Dispositionen, deren Motiv die Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf Testamente Anderer ist. Captatorisch aber ist nur die Disposition unter der Bedingung, wenn der Honorirte den Testator oder eine andere bezeichnete Person in seinem künftigen letzten Willen wieder bedenken werde[g]). Dagegen macht das Motiv, nicht sowohl dem Honorirten eine Gunst zu erweisen, als vielmehr einen Andern (dadurch Verkürzten) zu strafen (poenae nomine relictum), die Verfügung nach justinianischem Recht nicht mehr ungültig[h]).

Der Wille muß bestimmt seyn, certum consilium debet esse testantis[i]). Daher kann die Disposition nicht direct der Willkür eines Dritten überlassen werden[k]); daß sie und ihre Wirksamkeit von dem Entschluß eines Andern durch eine Bedingung abhängig gemacht werde, ist dadurch nicht ausgeschlossen[l]). Es kommt mit

---

ein Irrthum des Testators nicht erwähnt wird. Vgl. auch Savigny, System III Beil. VIII. 17.

f) L. 91 D. de her. inst. (28, 5).

g) L. 29. 70. 71 eod., L. 64 D. de leg. I (30), L. 1 D. de his qu. pro non scr. (34, 8), L. 20 §. 2 D. de cond. inst. (28, 7). Die captirte Disposition für ungültig zu halten (Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XL S. 221 ff.), ist ein Irrthum, der kaum den Schein eines Grundes für sich hat.

h) Dig. XXXIV. 6. Cod. VI. 41. §. ult. I. de leg. (2, 20). Göschen, observ. iur. rom. III.

i) Darauf beruhte der Satz des alten Rechts, daß keine incertae personae eingesetzt werden können, Ulpian., fragm. 22, 4, welcher durch Justinian überall, wo die jetzige Ungewißheit in Gewißheit übergehen kann, aufgehoben worden ist, §. 25—27 I. de legat. (2, 20). Ueber die Möglichkeit, postumi einzusetzen, und ob sie nach neuestem Recht noch eine beschränkte, oder eine allgemeine ist, vgl. Heumann, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XIX. 10 (1844). (Heimbach, daselbst. Neue Folge V. 1 [1848]. R.).

k) L. 32 pr. D. de hered. inst. (28, 5): Illa institutio: quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est —. L. 68 eod., L. 52 D. de cond. et dem. (35, 1). Manche glauben, dieser Grundsatz sey aufgehoben durch c. 13 X. de testam. (3, 26), cf. Böhmer ad h. l., so namentlich Schrader, Abhandl. I. 3, wogegen zu vergleichen ist Glück, Comment. XXX S. 476 ff. XXXIV S. 1 ff.

l) L. 68 D. de hered. inst. (28, 5), L. 1 pr. D. de leg. II (31): In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, quid enim interest: si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an: si voluerit? L. 43

einem Wort darauf an: der Honorirte muß seine Ernennung doch immer von dem Testator ableiten können, was bey der unmittelbaren Stellung auf den fremden Willen nicht der Fall wäre[m]). Sodann muß der Inhalt des Willens ein möglicher seyn, dahin gehört die Ungültigkeit unsittlicher Verfügungen; eine solche ist die Einsetzung eines unehelich zu Erzeugenden[n]), ferner eines solchen, den der Testator mit einer Frau erzeugen würde, die er nicht heirathen kann oder die schon verheirathet ist[o]).

Der Wille muß endlich erklärt seyn, so daß die Erklärung (wenn sie auch vielleicht unvollkommen ist) doch mit dem Willen übereinstimmt[p]). Undeutlichkeit ist kein Hinderniß, wenn sie durch Interpretation entfernt werden kann; bey der Interpretation ist eine Strenge, die der günstigen Absicht des Testators gefährlich werden könnte, zu vermeiden (§. 66 a. E.)[p*]). Die Erklärung muß aber

---

§. 2 D. de leg. I (30): Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. — L. 46 §. 2 D. de fideic. lib. (40, 5): Sed si ita adscriptum sit: si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius capitolium ascenderit, will man theils als favor libertatis erklären, wie L. 46 pr. eod. (Sell, Versuche II S. 286 ff.), was indessen mit der Argumentation des Juristen nicht in Einklang ist, theils als besonderes Recht der Fideicommisse, bey denen der obige Grundsatz nicht gegolten habe (Savigny, System III. 133). Eine Eigenthümlichkeit der Fideicommisse enthält sie allerdings, diese besteht aber nicht in der gänzlichen Entbindung von jenem Princip, sondern nur in der Zuläßigkeit der nuden Fassung der Bedingung auf si voluerit. Vgl. L. 68 D. de her. inst.: — — si Titius voluerit, Sempronius heres esto, non valet institutio —.

m) Daher kann auch die Auswahl unter mehreren bezeichneten Personen einem Andern überlassen werden, dessen Nichtwahl sie aber alle zu Berechtigten macht, L. 24 D. de leg. II (31); die einfache Alternative dagegen, ille aut ille, soll nach Justinian's Entscheidung copulativ verstanden werden, L. 4 C. de V. S. (6, 38).

n) §. 28 I. de leg. (2, 20).

o) L. 9 §. 1. 3. 4 D. de lib. et post. (28, 2).

p) L. 3 D. de reb. dub. (34, 5), L. 4 pr. D. de leg. I (30). S. §. 65. 66. Eine bloß contumeliose Bezeichnung der Person ist unwirksam, L. 9 §. 8 L. 48 §. 1 D. de hered. instit. (28, 5).

p*) Damit hängt zusammen, daß, wenn der Testator für die bedachten Personen eine Collectivbezeichnung gebraucht hat, die zu verschiedenen Zeiten verschiedene Personen umfaßt, es genügt, wenn eine Person entweder zur

auch vollendet, also die ganze Erbeinsetzung, die und wie sie der Testator machen wollte, zu Ende gebracht seyn[q]). Die Gewißheit des Willens soll gesichert werden durch die (für alle Arten von Testamenten geltende) Vorschrift des S. C. Libonianum, die eine Disposition zu Gunsten dessen, welcher die Testamentsurkunde abfaßt, annullirt, wenn der Testator sie nicht bey seiner Unterschrift, oder durch besondere Unterzeichnung derselben bekräftigt, mit Ausnahme des einzigen Intestaterben des Testators[r]).

β. Besondere Erfordernisse der Erbeinsetzung.

§. 473.

Die Erbeinsetzung besteht in der Ernennung eines Universalsuccessors; die Ausdrücke sind beliebig[a]), wenn sie nur diesen Inhalt haben[b]). Aus der Freiheit des Ausdrucks ist aber nicht zu entnehmen, daß die Einsetzung ohne Ausdruck, also rein stillschwei-

---

Zeit der Testamentserrichtung oder zur Zeit des Todes des Testators unter das Collectivum gehört, L. 19 pr. D. de reb. dub. (34, 5).

q) L. 25 D. qui test. fac. poss. (28, 1), L. 9 §. 5 D. de hered. inst. (28, 5). Der Vorbehalt eines späteren Zusatzes macht die Einsetzung nicht zu einer unvollendeten, L. 8 C. de instit. et subst. (6, 25), vgl. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XXXVIII S. 423—445. (Sarwey, im Archiv für civ. Pr. XXIX. 5. 12 [1846], der jedoch den zweiten Theil der Stelle völlig mißversteht, wenn er darin den Satz findet, daß alle Nebenbestimmungen im Zweifel als Bedingungen der Erbeinsetzung angesehen werden sollen. Der Sinn ist vielmehr: daß der Vorbehalt eines künftigen Zusatzes nie vernichtend wirken soll, der angekündigte Zusatz mag sich vorfinden oder nicht. Im letztern Fall soll Widerruf präsumirt werden. Im erstern [davon handelt der Schluß] soll das wegen Unzuläßigkeit einer ademtio hereditatis [L. 13 §. 1 D. de lib. et post. (28, 2), L. 27 §. 1 D. de cond. inst. (28, 7)] mögliche Bedenken wegfallen. R.)

r) Dig. XLVIII. 10: de lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano (L. 6. 10. 11. 14. 15 eod.). Cod. IX. 23: de his qui sibi adscribunt in testamento.

a) L. 15 C. de testam. (6, 23).

b) Einsetzung auf einzelne Sachen, oder auf den Nießbrauch? L. 1 §. 4 D. de her. inst. (28, 5), L. 13 C. eod. (6, 24). Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XL S. 169—187. Vangerow, Leitfaden §. 449 Anm. 2. Löhr, über die institutio ex re certa, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XIX. 3 (1844). (E. Neuner, die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung [556 Seiten groß 8.] 1853. R.)

gend geschehen könne[c]). Die Benennung des Erben ist kein wesentliches Erforderniß, der Testator kann sie sich für einen andern sichern Ort vorbehalten (s. g. testamentum mysticum)[d]).

c. Erbtheile.

§. 474.

Die Erbtheile mehrerer Erben sind an sich gleiche[a]). Eine Bestimmung der Theile kann aber stillschweigend in der Art der Ernennung (Conjunction Mehrerer) liegen[b]). Hat der Testator die Antheile bestimmt[c]), und er hat zuviel vertheilt, so decrescirt[d]), bleibt etwas übrig, so accrescirt es den Theilhabern pro rata ihres Theils[e]).

d. Nebenbestimmungen[a]).

§. 475.

Die Wirksamkeit der Erbeinsetzung kann nicht durch eine Zeitbestimmung aufgeschoben oder in ihrer Dauer beschränkt werden[b]), jenes nicht, weil in dem Wesen des Erbrechts eine unmittelbare Anknüpfung der erbrechtlichen Repräsentation an den Tod des Erb-

---

c) Daher ist namentlich die Erwähnung in der Bedingung einer anderen Erbeinsetzung keine Einsetzung, L. 16 §. 1 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6), L. 19 D. de her. inst. (28, 5). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 234 ff. und für die entgegengesetzte Meinung Vangerow §. 449 Anm. 1.

d) L. 77 eod. Ob auch bey einem mündlichen Testament? L. 21 pr. D. qui testam. (28, 1), N. O. Tit. II §. 8.

a) §. 6 I. de hered. inst. (2, 14).

b) L. 11. 13 pr. 15 pr. 59 §. 2 L. 66 D. eod. (28, 5), L. 88 §. 6 D. de leg. II (31), L. 142 D. de V. S. (50, 16), L. 11 C. de impub. subst. (6, 26). Bey der Anwendung wird es weniger auf die wörtliche Befolgung der in diesen Stellen gegebenen Entscheidungen, als auf ihr Princip, die Ermittelung des vermuthlichen Willens des Testators ankommen.

c) In quoten Theilen (vgl. L. 35. 78 pr. D. de hered. inst. 28, 5) der Erbschaft (vgl. L. 9 §. 13 L. 10 eod.). — Verweisung auf eine anderweitige Antheilbestimmung, L. 2 eod., L. ult. D. de b. p. sec. tab. (37, 11).

d) L. 13 §. 4 L. 17 §. 3—5 L. 18 D. de hered. inst. (28, 5).

e) L. 13 §. 2. 3 L. 78 §. 1 eod. Singuläres Recht der Soldaten, L. 6. 13 pr. §. 1 L. 17 §. 1 L. 37 D. de test. mil. (29, 1).

a) Dig. XXVIII. 7: de conditionibus institutionum. Cod. VI. 25: de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis.

b) §. 9 I. de her. inst. (2, 14), L. 34 D. eod. (28, 5). Ausnahme für Soldatentestamente, L. 15 §. 4 L. 41 pr. D. de test. mil. (29, 1).

lassers liegt, dieses nicht, weil die Eigenschaft des Erben wesentlich eine dauernde ist[c]). Aus demselben Grunde ist eine Resolutivbedingung unmöglich[d]), sie darf auch nicht, wenn sie als Resolutivbedingung beabsichtigt war, durch Verwandlung in die entgegengesetzte Suspensivbedingung aufrecht erhalten werden[e]). Zeitbestimmungen übrigens und Resolutivbedingungen machen die Einsetzung nicht ungültig; sie sind für nicht beigefügt zu achten[f]).

Eine Suspensivbedingung kann, aber nur gleich bey der Erbeinsetzung selbst gemacht werden[g]). Sie schiebt die Delation bis zu ihrer Existenz auf, wenn sie nicht, was bey casuellen geschehen kann, noch beim Leben des Erblassers in Erfüllung gegangen ist[h]). Die bonorum possessio secundum tabulas wird durch eine solche Bedingung nicht aufgeschoben, der Erbe erhält sie gegen fidejussorische Caution der Restitution, wenn die Bedingung deficiren würde[i]). Eine Potestativbedingung muß nach dem Tod des Testators[k]), und so bald als möglich erfüllt werden[l]), daher fällt hier jene bonorum possessio weg[m]). Nun ist aber ein Fall, wo dennoch das gleiche Bedürfniß eintritt, die conditio non faciendi. Hier kann auch der Erbe durch die zunächst für Legatarien eingeführte cautio Muciana an die Interessenten, daß er im Nichterfüllungsfall sie restituiren werde, zur Erbschaft pendente conditione gelangen[n]). Die Mucianische Caution ist beschränkt auf solche Bedingungen, die entweder gar nicht beim Leben des Honorirten in Erfüllung gehen können[o]), oder bey denen diese Erfüllung wenig-

---

c) L. 88 D. de her. inst. (28, 5): — — non potest — efficere, ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse.

d) Ausnahme bey Soldatentestamenten, L. 15 §. 4 D. de test. mil. (29, 1). – S. jedoch §. 480.

e) S. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XL S. 191 Note.

f) L. 34 D. de her. inst. (28, 5).

g) L. 27 §. 1. 2 eod., L. 17. 27 §. 1 D. h. t. (28, 7).

h) L. 2. 10 §. 1 L. 11 §. 1 D. de cond. et dem. (35, 1).

i) L. 5 pr. 6. 10. 12 D. de b. p. sec. tab. (37, 11), L. 12. 13 D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 8 pr. D. de stip. praet. (46, 5).

k) L. 2. 11 pr. §. 1 L. 68 D. de cond. et dem. (35, 1).

l) L. 29 eod.

m) L. 23 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5).

n) L. 7. 18 D. de cond. et dem. (35, 1).

o) L. 72 §. 2 L. 73. 101 §. 3 L. 106 eod.

stens sehr problematisch[p]), oder ein schicklicher nicht vorauszusetzendes Ereigniß ist[q]). Unsittliche und unmögliche Bedingungen werden für nicht beigefügt geachtet[r]).

Substitutionen[a]).

§. 476.

Der Testator kann Personen ernennen, an welche die Erbschaft oder ein Theil derselben nach andern, denen sie vorher bestimmt ist, kommen soll; diese Verfügungen heißen Substitutionen. Sie können den Charakter einer Erbeinsetzung oder eines Vermächtnisses haben. Die Substitution ist denkbar 1) für den Fall (in primum casum), wenn der Vorgehende nicht erwerben würde, vulgaris substitutio[b]); die Substitution ist als Erbeinsetzung, so daß also mehrere Grade bey der Erbeinsetzung gemacht werden[c]),

---

p) So ist zu verstehen L. 7 pr. 67 eod.

q) L. 72 pr. §. 1 eod. — Den Erben wollen Manche nur gegenüber von Miterben zur Caution lassen, Andere diesen und dem Substituten gegenüber, nicht also einen heres ex asse gegenüber den Intestaterben, mit Berufung auf L. 4 §. 1 D. h. t. (28, 7): Idem Iulianus scribit, eum qui heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem, ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri, quae sententia vera est. S. dagegen Arndts, Beiträge I S. 187 ff. Bey der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hat Justinian die Caution auch für einen heres ex asse, also an die Intestaterben ausdrücklich angeordnet, Nov. 22 c. 44.

r) §. 60. Vgl. Savigny, System III §. 124. Puchta, Cursus der Inst. II §. 204. Zwischen der von Justinian recipirten Meinung der Sabinianer und der Vertrag und Testament nicht unterscheidenden der Proculianer gab es vielleicht für unmögliche Bedingungen eine Mittelmeinung, wonach die Disposition für ungültig gehalten wurde, wenn der Testator das bestimmte Bewußtseyn der Unmöglichkeit hatte, L. 4 §. 1 D. de statulib. (40, 7), L. ult. D. de manum. test. (40, 4). — Zu den Bedingungen, die erlassen werden, gehört die der Kindererzeugung, wenn der Honorirte das solenne Gelübde der Keuschheit ablegt, L. 53 §. 2 C. de episc. et cler. (1, 3).

a) Inst. II. 15: de vulgari substitutione. 16: de pupillari subst. Dig. XXVIII. 6: de vulgari et pupillari substitutione. Cod. VI. 26: de impuberum et aliis substitutionibus.

b) Sie heißt so, weil sie als bedingte Erbeinsetzung in jedem Testament vorkommen kann.

c) L. 1 pr. 36 pr. D. h. t.

und eben so als Vermächtniß im Verhältniß zu einem vorgehenden Vermächtniß möglich [d]). Die Substitution 2) für den Fall, daß der Vorhergehende Erbe (oder Vermächtnißnehmer) wird (in secundum casum), ist a) überall möglich als Vermächtniß, als ein auf die Erbschaft oder ein Vermächtniß gelegtes Fideicommiß; dieß heißt fideicommissarische Substitution [e]), b) als Erbeinsetzung ist sie regelmäßig unzuläßig (so also daß nach dem vorgenannten, nachdem dieser Erbe geworden ist, z. B. nach dessen Tod, der Substitut als Erbe eintrete); eine solche Verfügung muß daher als dem Wesen des Erbrechts widersprechend für nichtig gehalten werden. Doch wird sie als fideicommissarische Substitution verstanden und aufrecht erhalten, wenn sie in einem Codicill (in dem ohnehin keine Erbeinsetzung möglich ist) [f]), und wenn sie von einem Soldaten geschehen ist [g]). Ausnahmsweise aber ist eine Erbeinsetzung in secundum casum in zwey Fällen zugelassen. Der eine ist, wenn die Substitution vom Vater für sein unmündiges Kind geschieht, pupillaris substitutio, wodurch der Substitut Erbe des Kindes wird, und eine gleiche Bedeutung hat die Praxis der Substitution bey Wahnsinnigen, Quasipupillarsubstitution, gegeben.

Vulgarsubstitution.

§. 477.

Die Vulgarsubstitution ist eine Erbeinsetzung [a]) unter der Bedingung, daß der dem Substituten Vorgehende nicht Erbe werden würde [b]). Die Bedingung tritt, sofern jemand mehreren Erben,

---

d) L. un. §. 7 C. de caduc. toll. (6, 51).

e) L. 57 §. 2 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

f) L. 76 eod.

g) L. 15 D. h. t. (28, 6), L. 41 pr. D. de test. mil. (29, 1), L. 8 C. h. t. (6, 26). Daß man diese conservative Interpretation, ohne Rücksicht auf den vom Testator gebrauchten Ausdruck und seine daraus zu entnehmende Intention, heutzutage überall eintreten lassen müsse, ergiebt sich keineswegs aus dem dafür angeführten c. 1 de testam. in VI. (3, 11): — — cum in substitutionibus semper interpretatio sit facienda (dummodo sicut in casu proposito earum verbis et personis conveniat institutis), ut substitutio directa intelligatur potius quam obliqua, quanquam directa interdum ad fideicommissum ex causa trahatur —.

a) Vgl. L. 73 D. de hered. instit. (28, 5).

b) Nicht will oder nicht kann, L. 3 C. de hered. inst. (6, 24). Der Substitut eines suus heres ist auf den Fall der Abstinenz desselben eingesetzt.

entweder Miterben[c]), oder successiv Berufenen[d]) substituirt ist, erst wenn alle weggefallen, ein. Die Wirkung des Eintritts ist Delation des Erbrechts an den Substituten[e]), mehreren die zugleich instituti sind, wird nach ihrem Verhältniß als solcher deferirt[f]). Die Bedingung deficirt, wenn der Institutus Erbe wird[g]), sollte er auch nachher dagegen restituirt werden[h]).

Pupillarsubstitution.

§. 478.

Der Vater kann, wenn er über sein Vermögen testirt[a]), seinem suus impubes[b]) für den Fall, daß er in der Unmündigkeit versterben würde[c]), einen Erben ernennen[d]), in seinem oder in einem

c) Vgl. L. 42 D. h. t. (28, 6), L. 10 C. h. t. (6, 26).

d) Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto. S. L. 27 41 pr. D. h. t. (28, 6).

e) L. 9 D. de suis et legit. (38, 16).

f) L. 23. 24. 45 §. 1 D. h. t. (28, 6). Einfluß der Conjunction, L. 41 §. 4 eod. Sie können gegenseitig substituirt seyn, subst. reciproca, in einem Satz, subst. breviloqua, vgl. L. 37 §. 1 D. de her. inst. (28, 5).

g) L. 5 C. h. t. (6, 26). Es kommen Fälle vor, wo der Substitut in partem neben dem Institutus zugelassen wird (einen des älteren Rechts s. bey Gai. II. 177. 178. Ulpian. XXII. 34); einen solchen Fall enthalten L. 40. 41 D. de her. inst. (28, 5), §. 4 I. de vulg. subst. (2, 15), vgl. L. 3 C. de her. inst. (6, 24). Die Auslegung dieser Stellen ist sehr streitig, vgl. Löhr, Magazin III. 5. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XL S. 348 ff. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XII. 11 und XV. 11. 12, die zweite Abhandlung gerichtet gegen die Kritik der ersten durch Vangerow, krit. Jahrb. 1839 S. 571 ff. und Arndts, Zeitschr. für Civilr. XIII. 42. Duplik des Letzteren ebend. XIX. 11.

h) L. 7 §. 10 D. de minor. (4, 4).

a) L. 1 §. 3 L. 2 §. 4—7 L. 10 §. 4 D. h. t. (28, 6).

b) L. 2 pr. L. 41 §. 2 eod.

c) L. 7 eod.: Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum aetatis frustra fieri convenit. Sed qui non admittitur ut substitutus, ut adiectus heres quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit. L. 15 eod.: Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint, directo substituit. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus iure communi capiet, post eam autem aetatem ex privilegio militum patris duntaxat cum fructibus inventis in hereditate. L. 14. 21 eod.

d) Nicht Vermächtnisse aus der Erbschaft des Pupillen geben L. 41

besondern, jenem nachfolgenden Testament[e]). Der Pupillarsubstitut ist ein von dem Vater ernannter Erbe des Kindes[f]). Ist das Kind vom Vater zum Erben eingesetzt, so ist eine simplex oder duplex substitutio möglich[g]), aber im Zweifel[h]) soll die Vulgarsubstitution zugleich als Pupillarsubstitution und umgekehrt stillschweigend verstanden werden[i]). Der Pupillarsubstitut eines Pupillarsubstituten ist es aber nicht dem, welchem dieser es ist[k]).

Der Vater, welcher pupillariter substituirt, disponirt in einem Testament über zwey Erbschaften[l]), die aber, wenn sie in der

---

§. 3 eod., L. 41 §. 3 D. de test. mil. (29, 1), L. 11 §. 8 L. 87 §. 7 D. ad L. Falc. (35, 2).

e) L. 16 §. 1 D. h. t. (28, 6), L. 76 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), L. 8 D. test. qu. aperiantur (29, 3).

f) Folgen davon 1) in Beziehung auf die Notherben, L. 8 §. 5 D. de inoffic. testam. (5, 2), cap. 1 in f. de testam. in VI. (3, 11). Gegen die Meinung Mehrerer, daß Nov. 115 eine Nothwendigkeit, die Notherben des Pupillen zu berücksichtigen, stillschweigend eingeführt habe, s. Mühlenbruch, Forts. von Glück XL S. 391 ff. 2) in Beziehung auf die in der Capacität vom Testator beschränkten Personen, L. 6 D. h. t. (28, 6); 3) die necessarii des Vaters sind als Substituten necessarii des Pupillen, L. 2 §. 4 L. 10 §. 1 eod. — Beschränktes Recht des arrogator impuberis, L. 10 §. 6 eod., L. 22 §. 1 D. de adopt. (1, 7).

g) L. 1 §. 1 D. h. t. (Lies: Heredis substitutio *aut* duplex est aut simplex. *Simplex est* veluti: Lucius Titius heres esto; si mihi L. T. heres non erit, tunc Seius heres mihi esto. *Duplex veluti: filius mihi heres esto;* si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto. S. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. III S. 457 [2. Ausg.].)

h) L. 4 C. h. t. (6, 26).

i) L. 4 pr. §. 1 D. h. t. (28, 6). Gegen den ungegründeten Zweifel Einiger an dem zweiten Fall der stillschweigenden Substitution (Vulgarsubstitution in der Pupillarsubstitution) s. u. a. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comm. XL S. 269 ff. Ausnahmen: L. 4 §. 2 eod., L. 4 C. h. t. (6, 26), L. 9 C. de instit. et substit. (6, 25). Keine Ausnahme enthält L. 8 C. h. t.

k) L. 47 D. h. t. (28, 6).

l) L. 42 pr. D. de adqu. her. (29, 2): Iulianus libro XXVI digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres exstitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est, impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere suc-

Person des Pupillen oder des Substituten sich vereinigen, untrennbar sind[m]).

Die Pupillarsubstitution erlischt, abgesehen von der Deficienz

---

cessorem. Metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, et quidem impune; nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris, ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres exsistet (Ulp.). L. 28 D. de reb. auct. iud. (42, 5): Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem, is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris venierunt, postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. Quaero, cum praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores missos ad bona pertinent, nihil adquirat, et cum creditores nihil iuris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit, adiretur, nec ne pupilli hereditas, cum ea bona admissa (omissa) a substituto hereditate ad creditores non pertinebant? Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet unum esse testamentum. Respondit: Quod praetor filio, qui a paterna hereditate se abstinet, praestat, ne bonis patris eius venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat, idem in substituto filio herede servandum non est, quoniam filii pudori parcitur, ut potius patris, quam eius bona veneant. Itaque in id quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur, quia id ex adventicio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. At cum substitutus filio hereditatem adiit postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit, quo casu efficietur, ut creditoribus actio in eum dari debeat. Quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet, quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus adquisiit. Iavolen.

m) L. 10 §. 2. 3 D. h. t. (28, 6), L. 59 D. de adqu. hered. (29, 2), L. 20 C. de iure delib. (6, 30). Ausnahme zu Gunsten des Bruders, L. 12 D. h. t. Vgl. Warnkönig: inwieweit ist der vom Vater zum Erben eing. Pup.-Subst. berechtigt, die eine der Erbschaften, zu welchen er berufen ist, anzunehmen und die andere auszuschlagen, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVIII. 10.

der Bedingung, wenn der Substitut den Pupillen nicht überlebt[n]), und wenn die wesentlichen Voraussetzungen derselben nachher wegfallen; dieß geschieht durch Befreiung des Pupillen von der Gewalt beim Leben des Vaters[o]), und durch Aufhebung des väterlichen Testaments[p]). Der Untergang der Pupillarsubstitution durch Arrogation des Pupillen wird durch die dem Arrogator obliegende Caution verhütet (§. 443)[q]).

Quasipupillarsubstitution.

§. 479.

Einem Kind, das wegen Stummheit, Wahnsinns u. dgl. zu testiren unfähig ist, einen Erben zu ernennen, für den Fall, daß es nicht selbst zu testiren fähig wird, oder einen suus heres erhält, kann dem Vater durch besondere Concession des Regenten gestattet werden[a]). Justinian aber bestimmte, daß Ascendenten ihren wahn-

---

n) L. 18 pr. D. de reb. dub. (34, 5), vgl. L. 59 D. de adqu. hered. (29, 2).

o) L. 41 §. 2 D. h. t. (28, 6).

p) L. 10 §. 4 L. 16 §. 1 eod. Diese Folge hat nicht die bonorum possessio contra tabulas, L. 34 §. 2 L. 35 eod. (vgl. L. 8 §. 5 D. de inoff. test. (5, 2), und die Aufhebung des Testaments kraft der Nov. 115; gegen eine dolose Repudiation der testamentarischen Erbfolge wird die Substitution aufrecht erhalten, L. 45 §. 1 D. h. t. Die Abstinenz eines eingesetzten suus hebt ohnedieß die Substitution nicht auf, L. 30 §. 10 D. de fideic. lib. (40, 5): — non est sine herede qui suum heredem habet licet abstinentem se.

q) L. 18. 19 pr. D. de adopt. (1, 7), L. 40 D. h. t. (28, 6). Die gegen diese sehr deutlichen Stellen erhobenen Zweifel (Mühlenbruch, Comment. XL S. 410) sind von geringem Gehalt. Sie gründen sich vornehmlich auf die Aeußerung der L. 17 §. 1 D. de adopt., die unbeschränkte Zulassung der Arrogation von Unmündigen würde unter andern die Substitutionen gefährden. Es ist klar, daß diese Aeußerung vom Standpunkt unbeschränkter Arrogation aus gemacht ist, während die fragliche Caution eben zu den Beschränkungen derselben gehört.

a) L. 43 pr. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): Ex facto quaeritur: Qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium: mutus duxit uxorem post mortem patris et nascitur ei filius, quaero, an rumpatur testamentum? Respondit: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari, verum voluntatem principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseverasset, ut quemadmodum

sinnigen Descendenten, wenn sie ihnen den Pflichttheil hinterlassen, auch ohne besondere Concession sollten substituiren können, unter der Voraussetzung, daß sie den Substituten aus den Kindern, oder, wenn solche nicht existiren, aus den Geschwistern des Wahnsinnigen nehmen; wegen einer solchen Substitution soll so wenig als gegen eine Pupillarsubstitution die querela inofficiosi testamenti stattfinden, sie soll aber auch nach Analogie dieser erlöschen, wenn der Wahnsinnige die Fähigkeit zu testiren erhält[b]). Diese justinianische Substitution ist von dem Gesetzgeber in der That nur als eine fideicommissarische gemeint worden in das von dem Substituenten dem wahnsinnigen Kind Hinterlassene[c]), die Praxis aber hat sie

---

iure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam et si furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, cum resipisset, quia iam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus, auferret enim testamentifactionem homini sanae mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an iure habere coepit suum heredem, nec enim aut patrem aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamentifactionem, utrum in personam unius an complurium.

b) L. 9 C. de impub. subst. (6, 26): Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filia aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet. Vgl. §. 1 I. h. t. (2, 16), L. 7 §. 1. 8 C. de cur. fur. (5, 70).

c) Unterholzner, Archiv für civ. Pr. II. 5 (1819). Löhr, das. V. 3 (1822) IX. 7 (1826). Puchta, Erlang. Jahrb. V S. 284 ff. Vangerow, Leitf. §. 456. Die Ansicht der Praxis haben dagegen als die gesetzliche nach-

zu einer vollständigen Quasipupillarsubstitution gemacht[d]), also einer Ernennung eines Erben für die gesammte Erbschaft des wahnsinnigen Descendenten, woraus von selbst die Nothwendigkeit einer Berücksichtigung aller Kinder desselben folgt[e]), und wobey, im Fall der Concurrenz mehrerer Ascendenten, deren Notherbe das Kind ist, nur der Substitution durch den, dessen elterliches Recht das vorwiegende ist, jene über das von dem Substituenten Hinterlassene hinausreichende Wirkung zukommt[f]).

4. Enterbung.

§. 480.

Die Exheredation, ausdrückliche Ausschließung von der Erbeinsetzung, läßt sich nur bey solchen Personen denken, die ohne diese Ausschließung erben würden[a]). Sie kann dazu gebraucht werden, ein Gebot an einen eingesetzten Erben zu bestärken, indem er für

---

zuweisen versucht Thibaut, Archiv V. 13, 5 (1822) X. 10 (1827); Francke, das R. der Notherben (1831) S. 463 ff.; Mühlenbruch, Comment. XLI S. 8 ff. (Hüffer, diss. de subst. quasi-pup. Vratisl. 1853 p. 20 seq. Rudorff zu Puchta, Vorles. II §. 479 Anm. 4 [ed. 4]. R.)

d) Puchta, Gewohnheitsr. II S. 68 ff. Die meisten Vertheidiger der dem justinianischen Recht nach richtigen Theorie mißkennen die Autorität dieses deutschen Gewohnheitsrechts, und haben dadurch die Controverse auf das praktische Gebiet verlegt, wohin sie in Beziehung auf diese vorliegende Frage gar nicht gehört. Vangerow (oder vielmehr schon Unterholzner a. a. O. S. 65. R.) ist so weit gegangen, Angesichts aller der deutschen Juristen, die Jahrhunderte lang die moderne Quasipupillarsubstitution ohne Ausnahme lehrten und anwendeten, die Allgemeinheit der Praxis zu bezweifeln, mit Berufung auf Voet, der, während er in der Frage des gemeinen Rechts mit den deutschen Juristen übereinstimmt, ein entgegengesetztes niederländisches Particularrecht bezeugt.

e) Nach Anleitung der Note a angef. Stelle. Wer freilich diesen Punkt aus dem justinianischen Gesetz (weil er diesem schon die neuere Gestalt des Instituts unterlegt) entscheiden zu müssen glaubt, befindet sich in der Alternative, entweder den deutlichen Gesetzesworten, oder den mäßigsten Anforderungen der Gerechtigkeit Gewalt anzuthun.

f) Die Meinungen der Juristen über diesen Punkt sind unendlich verschieden, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 28 ff. Die vorgetragene Ansicht hat das Princip zur Grundlage, daß, wie die Pupillarsubstitution ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, so die unsrige an das elterliche Recht überhaupt und die darin liegende Fürsorge sich anknüpft.

a) L. 132 pr. D. de V. O. (45, 1).

den Fall der Nichtbefolgung ausgeschlossen wird[b]), es wird dadurch dem Gebot die Kraft einer Bedingung gegeben. Darum muß aber diese Exheredatio gleich bey der Erbeinsetzung selbst, auf die sie sich bezieht, geschehen; außerdem wäre sie ein wörtlicher Widerruf der Erbeinsetzung, der nur in einem Soldatentestament Wirkung hat[c]). Die Hauptanwendung der Enterbung aber ist die gegenüber von Personen, die durch das Recht zur Erbfolge gegen ein Testament, in dem sie nicht ausdrücklich und sonst gehörig ausgeschlossen sind, berufen werden (§. 485 ff.).

5. Von gemeinschaftlichen Testamenten[a]).

§. 481.

Ein gemeinschaftliches ist das Testament, wodurch mehrere Testatoren über ihre Erbschaften verfügen. Regelmäßig ist dieß nicht zuläßig, die Praxis aber hat davon eine Ausnahme gemacht, wenn das Testament ein wechselseitiges (testamentum reciprocum) ist, d. h. wenn sich die Testatoren gegenseitig zu Erben einsetzen[b]), in welchem Fall es jedoch auch jeden sonstigen Testamentsinhalt haben kann. Keiner der Testatoren ist an seinen Willen gebunden, aber im Zweifel ist das wechselseitige Testament für ein correspectives zu halten, d. h. durch die Aufhebung des einen letzten Willens, sie mag vor oder nach dem Tod des andern Testators erfolgen, ist auch der andere als aufgehoben zu betrachten, ausgenommen wenn sie bloß in der Unfähigkeit oder dem Wegfallen der Honorirten ihren Grund hat.

6. Eröffnung und Execution der Testamente.

§. 482.

Für den Fall, daß das Testament von den Zeugen der Vorschrift des römischen Rechts gemäß zugesiegelt ist, wird von

b) Ein Beispiel aus dem älteren Recht giebt die cretio (perfecta) Ulp. fragm. XXII. 34, aus dem neueren L. 44 D. de her. inst. (28, 5).

c) L. 17 §. 2 D. de testam. mil. (29, 1): Si eodem testamento miles eundem heredem, deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas, cum in paganorum testamento sola hereditas exheredatione adimi non possit.

a) Hasse, Rhein. Museum III S. 239—278. 490—558 (1828). (Glück, Comment. XXXV S. 60 ff. XXXVIII S. 218 ff. Bolley, Beitrag zu den correspectiven Testamenten der Eheleute. 1846. R.)

b) Vgl. L. 19 C. de pact. (2, 3).

demselben auch eine solenne gerichtliche Eröffnung und Vorlesung (recitatio), nachdem die Siegel den vorgeladenen Zeugen zur Recognition vorgelegt worden, vorgeschrieben[a]). Heutzutage tritt, abgesehen von particulären Vorschriften, die gerichtliche Eröffnung nur ein, wenn der Testator sie ausdrücklich oder stillschweigend (durch gerichtliche Deposition des Testaments) angeordnet hat, oder die Interessenten, der höheren Sicherheit wegen, sie verlangen.

Testamentsexecutoren, d. h. Personen, die zur Ausführung und Vollstreckung der Testamente (entweder überhaupt, generales, oder für einen besonderen Theil ihres Inhalts, speciales) bestellt sind, haben, wenn die Bestellung durch das Testament oder durch Uebereinkunft der Interessenten geschehen ist (testamentarii und conventionales), die Stellung gewöhnlicher Mandatarien; diesen stehen gleich die durch die Obrigkeit bestellten (dativi); die Befugnisse der durch Gesetz Berufenen (der Bischöfe hinsichtlich der Dispositionen ad pias causas, der Obervormundschaften wegen der interessirten Vormundsbedürftigen) bestimmen sich durch die Bedeutung dieses den Grund der Berufung bildenden Verhältnisses selbst[b]).

7. Ungültigkeit der Testamente[a]).

§. 483.

Die Ungültigkeit des Testaments bewirkt immer die Ungültigkeit der Erbeinsetzung als solcher, regelmäßig aber auch die seines übrigen Inhalts, doch wird dieser, namentlich wenn der Ungültigkeitsgrund zunächst die Erbeinsetzung betrifft, ausnahmsweise zuweilen aufrecht erhalten. Der Grund der Ungültigkeit kann von Anfang an vorhanden seyn, oder nachher eintreten, und in beiden Fällen entweder das Testament ipso iure vernichten, oder eine Rescission begründen, bis zu deren Eintritt das Testament iure

a) Dig. XXIX. 3. Cod. VI. 32: testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur. Dig. XXIX. 5: de S. C. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. Vgl. Paul., sent. IV. 6.

b) Vgl. Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Crim.-R. I S. 217—233. Beseler, Zeitschr. für deutsches Recht IX. 3 (1844). Der Letztere sucht das Princip der den (testamentarischen) Testamentsvollziehern übertragenen Gewalt in einer über die Gränzen des römischen hinausgehenden Testirfreiheit des heutigen Rechts.

a) Inst. II. 17: quibus modis testamenta infirmantur. Dig. XXVIII. 3: de iniusto, rupto, irrito facto testamento.

besteht (s. §. 67). Von dieser Art der Ungültigkeit hängt auch die Entscheidung der Frage ab, ob das Testament durch Anerkennung der Interessenten gültig werden kann[b]).

Von Anfang an ist das Testament ungültig, und zwar 1) nichtig, wenn irgend ein wesentliches Erforderniß seiner Einrichtung fehlt (testamentum non iure factum, iniustum): Fähigkeit des Testators (§. 462), Form (§. 464—469), wesentlicher Inhalt (§. 471 ff.), nach älterem Recht wegen Präterition eines suus (§. 486); endlich ist ein unvollendet gebliebenes Testament nichtig, perfect aber ist es erst mit der Vollendung aller wesentlichen Solennitäten[c]); 2) rescissibel, wenn das ganze Testament oder die ganze Erbeinsetzung durch Zwang hervorgebracht ist (§. 472), wenn die querela inofficiosi testamenti begründet ist (§. 490), in gewissem Sinn kann auch die Wirkung der bonorum possessio contra tabulas als Anfechtung des Testaments aufgefaßt werden (§. 487), nach neuestem Recht endlich wird jede Erbfolge gegen das Testament, sofern sie es ungültig macht, auf dem Wege der Rescission herbeigeführt (§. 493).

Nach seiner Errichtung wird das Testament ungültig und zwar 1) nichtig: durch Verlust der Testamentifactio von Seiten des Testators (§. 462 a. E.), testamentum irritum, durch Aufhebung der Erbeinsetzung wegen eintretender Successionsunfähigkeit (§. 448) oder sonstigen Nichterwerbs des Erben, testamentum irritum s. destitutum, wegen nachheriger Entstehung eines präterirten suus, agnatio postumi, testamentum ruptum, und es wird dadurch, daß der Postumus vor dem Testator verstirbt, nicht wieder gültig, aber der bonorum possessio secundum tabulas steht jene vorübergehende Existenz des Präterirten nicht entgegen[d]), endlich durch Widerruf (§. 484); 2) rescissibel, durch nachherige Entstehung eines zur Succession gegen das Testament Berechtigten, wenn sie das Testament nicht nichtig macht, nach neuestem Recht hat die

---

b) L. 3 D. qui testam. (28, 1): Testamenti factio non privati sed publici iuris est. L. 8 §. 10 D. de inoff. test. (5, 2). Vgl. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXVIII S. 134—138. Francke, Archiv für civ. Pr. XIX. 7.

c) Vgl. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XXXVIII S. 402 ff.

d) L. 3 §. 3 L. 12 pr. D. h. t. (28, 3).

Agnation eines solchen Notherben niemals die Wirkung der Nichtigkeit des Testaments.

§. 484.

Ein Testament kann widerrufen werden 1) durch Vernichtung der Testamentsurkunde in dieser Absicht, oder Austilgung der Erbeinsetzung[e]); 2) durch wörtlichen Widerruf nur wenn derselbe zu gerichtlichem Protokoll oder vor drey Zeugen erklärt ist, und überdieß zehn Jahre seit Errichtung des Testaments verflossen sind[f]); 3) durch ein neues iure bestehendes (wenn auch vielleicht rescissibles, oder nachher ungültig gewordenes) Testament[g]), welches von

---

e) Dig. XXVIII. 4: de his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur. L. ult. D. de iniusto test. (28, 3), L. 1 §. 8 D. si tab. test. nullae exst. (38, 6). Wegen der Vermächtnisse s. L. 2. 3 D. h. t. (28, 4). Die nicht vom Testator herrührende oder unabsichtliche Vertilgung schadet der rechtlichen Existenz des Testaments nicht, wenn sie nur erst nach Vollendung desselben geschah, L. 1 §. 2. 3 eod. Vgl. überhaupt Mühlenbruch, Comment. XXXIX S. 79 ff.

f) Iustinian. L. 27 C. de test. (6, 23): Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post eius confectionem decennium profluxerit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris adparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria voluntas testatoris ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum; sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Vgl. L. 6 C. Th. de testam. (4, 4). Vgl. Mühlenbruch, Comment. XXXVIII S. 267 ff. Irrthümer: 1) Alleingenugsamkeit des wörtlichen Widerrufs, wenn er nur mit den Solennitäten der Testamentserrichtung geschehen sey; 2) der Widerruf müsse erst nach dem Ablauf der Zeit geschehen. — Bey Soldaten fallen jene Voraussetzungen weg, L. 15 §. 1 D. de test. mil. (29, 1): Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest — —.

g) §. 2. 7 I. qu. mod. test. inf. (2, 17), L. 11. 16 D. de iniusto test. (28, 3), L. ult. D. de hered. inst. (28, 5). Das frühere Testament ist nach prätorischem Recht gültig 1) wenn das zweite Testament zwar bloß anfechtbar, aber aus einem Grund es ist, der zugleich die darin liegende Aufhebung

selbst diese Wirkung hat, da keine zwey Testamente als solche neben einander bestehen können[h]). Wenn in dem früheren Testament die Intestaterben ausgeschlossen, in dem zweiten eingesetzt sind, das zweite aber nur die Form eines Codicills hat, so gilt das zweite zwar nur als Codicill, aber als Intestatcodicill, es hat die Kraft, das frühere Testament aufzuheben[i]).

Die Möglichkeit des Widerrufs eines Testaments kann dem Testator nie entzogen werden, weder durch eine einseitige Verfügung desselben (s. g. clausula derogatoria)[k]), noch durch einen Vertrag[l]).

III. Notherbfolge[a]).

§. 485.

Es giebt 1) Personen, deren der Testator bey der Erbeinsetzung (durch gehörige Einsetzung oder gehörige Enterbung) gedenken muß, die er nicht durch Präterition von der Erbfolge ausschließen kann, 2) Personen (theils dieselben, theils andere), die er bedenken, denen er etwas hinterlassen muß, Pflichttheilsberech-

---

des früheren Testaments trifft (so beim Zwang); 2) wenn das zweite Testament nachher nichtig wird, aber erweislich der Testator das erste nur unter der Voraussetzung, daß das zweite gültig bleiben werde, aufgehoben wissen wollte, L. 11 §. 2 D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

h) Modificationen: 1) das erste Testament gilt als Codicill, wenn der Testator seine Aufrechthaltung im zweiten ausgesprochen hat, §. 3 I. qu. mod. test. inf. (2, 17); 2) aus zwey gleichzeitigen Testamenten wird die bon. poss. secundum tabulas gegeben, L. 1 §. 6 D. b. p. sec. tab. (37, 11). Streitfrage, ob dieß auch von zwey Testamenten gelte, die wegen Unerweislichkeit des Alters gleichzeitig sind; Mühlenbruch, Comment. XXXVIII S. 486 f.

i) L. 2 D. de iniusto test. (28, 3) (vgl. Fabricius, bon. poss. S. 127 ff.) L. 21 §. 3 C. de testam. (6, 23). Wegen der höchst verschiedenen Ansichten über diesen Punkt s. Mühlenbruch, Commentar XXXVIII S. 365—402. Vangerow, Leitfaden §. 460.

k) L. 22 pr. D. de leg. III. (32), vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 169 ff.

l) Etwas anderes ist die Verwandlung des Testaments in einem Erbvertrag. So lange aber das Testament dieses bleibt und bleiben soll, haben die Grundsätze des deutschen Rechts vom Erbvertrag darauf keinen Einfluß. Dieß übersieht Mühlenbruch a. a. O. S. 209 ff.

a) Bluntschli, Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. Mühlenbruch, zu dem Tit. de lib. et post. in Glück's Commentar, Bd. 35—37 Bd. 38 S. 1—117.

tigte. In beiden Fällen kann die Verletzung dieser Vorschriften eine Erbfolge gegen das Testament, Notherbfolge, herbeiführen, die sich verschieden gestaltet, je nachdem sie durch Präterition (bey den Personen der ersten Classe) oder durch Ausschließung vom Pflichttheil, also durch die Verletzung der zweiten Vorschrift veranlaßt worden ist, eine Verschiedenheit, die zu den Fundamentalsätzen des älteren Notherbrechts gehört, die aber auch nach dem neuesten Recht ihre Bedeutung keineswegs verloren hat.

Jene beiden Classen von Personen sind, dem herkömmlichen Sprachgebrauch gemäß, unter dem Namen Notherben zusammenzufassen, und diese in Notherben wegen Präterition und Notherben wegen Ausschließung vom Pflichttheil zu unterscheiden; beide haben das mit einander gemein, daß sie in Folge der Verletzung gegen den Willen des Testators Erben werden [b]).

Ein außerordentliches Recht ist das der dürftigen Wittwe, welcher der ihr ab intestato gebührende Antheil an der Erbschaft des Manns (s. §. 456) auch nicht durch ein Testament entzogen werden soll. Noch weniger darf der impubes arrogatus wegen seiner quarta D. Pii unter die Notherben eingeschaltet werden, da jenes Recht gar nicht einmal ein eigentliches Erbrecht ist (§. 562).

A. Justinianisches Recht vor der Novelle 115.

1. Notherbfolge wegen Präterition.

a. Nach Civilrecht [a]).

§. 486.

Sui des Testators, d. h. seiner väterlichen Gewalt Unterworfene, die durch seinen Tod sui iuris werden, werden Erben, wenn

b) So wünschenswerth es seyn mag, für die erste Classe einen besonderen Namen zu haben, so scheint es doch willkürlich, für sie den Namen Notherben ausschließlich in Beschlag zu nehmen. Man hat dieß dadurch begründen wollen, daß nur bey ihnen die Nothwendigkeit bestehe, sie zu Erben zu machen, oder zu enterben. Ebendaraus aber geht hervor, daß der Ausdruck in diesem ihm untergelegten Sinne nur passen würde, wenn die Nothwendigkeit lediglich auf das erste, die Einsetzung, ginge. Der Ausdruck Notherbe kann also nicht in dem Sinn einer Nothwendigkeit zu Erben gemacht zu werden, sondern nur in dem Sinn eines Erbrechts auch gegen den Willen des Testators gebraucht werden.

a) Inst. II. 13: de exheredatione liberorum. Dig. XXVIII. 2: de

sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind[b]), daraus folgt die Nichtigkeit des Testaments, worin sie präterirt sind[c]). Dieß gilt auch von dem postumus suus, wenn er agnascirt, und überhaupt von jeder Art von sui nach justinianischem Recht[d]). Die Präterition besteht in dem Mangel gehöriger Einsetzung oder Enterbung[e]). Daher kann der Testator diese Notherbfolge abwenden 1) durch gehörige Institution dieser Personen. Eine bedingte Einsetzung gilt nur, wenn der Eingesetzte auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist, bloß bey einer reinen Potestativbedingung ist dieß nicht nöthig[f]). In Beziehung auf Postumi müssen Ausdrücke gebraucht seyn, die den nachher entstehenden wirklich einschließen[g]). Die Präterition wird aber auch vermieden 2) durch gehörige Enterbung, d. h. ausdrückliche (nach justinianischem Recht stets namentliche)[h])

---

liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. VI. 28: de liberis praeteritis vel exheredatis. 29: de postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

b) L. 11 D. h. t. (§. 450 Note a).

c) Nur in einem Soldatentestament gilt die Präterition der Enterbung gleich, die Absicht der Ausschließung bey dem Testator vorausgesetzt, §. 6 I. h. t. (2, 13), L. 7—9. 30. 33 §. 2 L. 36 §. 2 D. de test. mil. (29, 1), L. 9. 10 C. eod. (6, 21).

d) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28), §. 5 I. h. t. (2, 13). So lange ein präterirter Postumus agnasciren kann, wird die testamentarische Erbfolge nicht deferirt, L. 16 D. h. t. (28, 2), L. 30 §. 6 L. 84 D. de adqu. her. (29, 2).

e) §. 12 I. de her. ab int. (3, 1): — praeteritis, id est neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis —.

f) L. 4. 5. 6 pr. §. 1 L. 86 D. de her. inst. (28, 5), L. 83 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25). Daher macht auch eine unmögliche Bedingung die Einsetzung ungültig, L. 15 D. de cond. inst. (28, 7). Bey einem Postumus ist eine zur Zeit seiner Agnation schon existente Bedingung keine, also unschädlich, L. 22. 24 D. h. t. (28, 2). — Daß eine Einsetzung auf Nichts nichtig und eine Präterition ist, brauchte nicht bemerkt zu werden, wenn nicht einige neuere Juristen doch von einer solchen, als von einer rechtlichen Möglichkeit gesprochen hätten.

g) Ueber die Geschichte ihrer Einsetzungs- und Enterbungsmöglichkeit, und namentlich L. 29 (Gallus) D. h. t. (28, 2) vgl. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXVI S. 173—299.

h) L. 4 C. de lib. praet. (6, 28), §. 5 I. h. t. (2, 13), L. 1. 2. 3 pr. 25 pr. D. h. t. (28, 2).

und unbedingte[i]) Ausschließung von der Erbschaft[k]); auch darf sie nicht auf einem Irrthum beruhen[l]).

b. Nach prätorischem Recht[a]).

§. 487.

Nach prätorischem Recht giebt es keine Nichtigkeit des Testaments wegen Präterition[b]). Den sui und den emancipati, so wie allen, welche durch eine sonstige Endigung der väterlichen Gewalt von der Classe der sui ausgeschlossen sind, aber noch im Kindesverhältniß zu dem Testator stehen, überhaupt also allen, welche die b. p. intestati unde liberi haben würden[c]), wird, wenn sie präterirt sind[d]), die bonorum possessio contra tabulas gegeben[e]), wodurch die Erbeinsetzung verdrängt wird und an ihre

---

i) L. 3 §. 1 eod. Nur mit der obigen Ausnahme bey einer bedingten Einsetzung, L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25).

k) Nicht von einer einzelnen Sache, L. 19 D. h. t. (28, 2): — — aliamque causam esse institutionis quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandas. Von allen Graden, L. 3 §. 2—6 L. 8 eod., L. 3 §. 2. 6 L. 4. 5 D. de iniusto test. (28, 3), L. 8 §. 5 D. de b. p. contra tab. (37, 4), L. 1 C. de lib. praet. (6, 28). Vgl. Vangerow, Leitfaden §. 470.

l) L. 14 §. 2 L. 15 D. h. t. (28, 2). — Vgl. noch über die Enterbung von postumi L. 28 §. 1 eod., L. 8 §. 7. 8 D. de b. p. contra tab. (37, 4).

a) Dig. XXXVII. 4: de bonorum possessione contra tabulas. 8: de coniungendis cum emancipato liberis eius. Cod. VI. 12: de b. p. contra tabulas, quam praetor pollicetur.

b) Eben so wenig wegen anderer civilrechtlicher Gründe, L. 12 pr. D. de iniusto testam. (28, 3).

c) L. 1 pr. §. 1. 6 D. de b. p. contra tab. (37, 4), L. 1 §. 6 D. si tab. test. nullae exst. (38, 6), §. 12 I. de hered. ab int. (3, 1), L. 4 D. de coniung. cum em. (37, 8). L. 4 §. 2 D. de b. p. contra tab.: Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

d) Bey einer bedingten Einsetzung wird die b. p. contra tab. nicht eher deferirt, als bis die Bedingung deficirt hat, L. 3 §. 12—14 eod. So lange ein präterirter Postumus agnasciren kann, wird die b. p. secundum tabulas nicht deferirt, L. 4 §. 3 L. 5 eod. Auch ein Eingesetzter kann die b. p. contra tabulas wegen der Präterition eines Andern haben, L. 3 §. 11 eod., L. 14. 15 §. 1 L. 16 D. de legat. praest. (37, 5).

e) Sie ist contra tabulas im eigentlichsten Sinn (contra lignum), sie setzt die Hinterlassung eines Testaments, woraus außerdem die b. p. secun-

Stelle die zur b. p. Berechtigten (nicht etwa alle Intestaterben) nach der Ordnung der Intestaterbfolge gesetzt werden[f]). Die Pupillarsubstitution bleibt gültig[g]), eben so die Dispositionen zu Gunsten des Descendenten und Ascendenten, doch so, daß sie zusammen nicht mehr als das, was ein Notherbe bekommt, erhalten, und Vermächtnisse zur Restitution einer vom Testator empfangenen Dos, die sonstige Gültigkeit dieser Dispositionen vorausgesetzt[h]).

Auch dem parens manumissor wird die bonorum possessio contra tabulas des Emancipirten, wenn dieser keine Descendenten hinterläßt, auf ein Drittheil des Nachlasses gegeben[i]).

2. Notherbfolge wegen Ausschließung vom Pflichttheil[a]).

a. Pflichttheilsberechtigte.

§. 488.

Zur Erbfolge gegen das Testament, wenn ihnen nicht das Gebührende (portio legitima, Pflichttheil) hinterlassen ist, sind berechtigt 1) alle Descendenten und Ascendenten, welche als solche intestaterbberechtigt sind[b]), mit Ausnahme des minus plene Adop-

---

dum tabulas agnoscirt werden könnte, nicht den Antritt der eingesetzten Erben voraus, L. 4 pr. 19 D. de b. p. contra tab. (37, 4).

f) L. 1 §. 1 eod., vgl. L. 10 §. 4 L. 20 pr. eod. Verzicht auf die b. p. L. 3 §. 15. 16 L. 10 §. 3 eod., L. 5 §. 2 D. de leg. praest. (37, 5).

g) Nur nicht zu Gunsten dessen, der die b. p. gebeten hat, L. 22. 34 §. 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6).

h) Dig. XXXVII. 5: de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. Ein suus soll aber darum nicht schlechter als nach Civilrecht stehen, weil er die b. p. agnoscirt hat, L. 15 pr. 16 eod.

i) Dig. XXXVII. 12: si a parente quis manumissus sit. L. ult. C. de bon. libert. (6, 4).

a) Inst. II. 18. Dig. V. 2. Cod. III. 28: de inofficioso testamento.

b) L. 1 D. h. t.: Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas, omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. L. 29 §. 1. 3 eod. Für die Meinung, daß der in Adoption gegebene Sohn während der Dauer der Adoption gegen den leiblichen Vater pflichttheilsberechtigt sey und umgekehrt (vgl. §. 454 Note e), führt man an L. 30 pr. eod.: Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest. Man macht dabey zwey Suppositionen 1) die rechtliche, daß der über die bona castrensia testirende filiusfamilias an die Pflichttheilsvorschriften gebunden gewesen, eine sehr problematische

tirten in Beziehung auf den Adoptivvater[c]), und des impubes arrogatus (§. 562)[d]); 2) inteſtaterbberechtigte Geſchwiſter, mit Ausnahme der uterini, und nur wenn eine turpis persona eingeſetzt iſt[e]). Die Ordnung dieſer Berechtigten iſt die der Inteſtaterbfolge[f]), doch ſtehen die Geſchwiſter durchaus den Aſcendenten nach, weil ſie nur bedingt pflichttheilsberechtigt ſind[g]). Unter den Geſchwiſtern ſelbſt entſcheidet wieder die Inteſtaterbfolgeordnung. Der vermöge dieſer Ordnung Nachſtehende tritt vor, wenn der ihm Vorgehende von der Notherbfolge ausgeſchloſſen iſt, successio in querelam[h]).

Anſicht (vgl. §. 490 Note v, Mühlenbruch, Comment. XXXV S. 196 ff.); 2) vor allem aber die factiſche, daß der Juriſt von einem Teſtament während der Dauer des Adoptivverhältniſſes ſpreche, eine Vorausſetzung, die ganz willkürlich iſt.

c) L. 10 §. 1 C. de adopt. (8, 48).

d) Von den unehelichen Kindern in Beziehung auf den Vater (§. 455) kann ohnedieß nicht die Rede ſeyn.

e) L. 27 C. h. t. (3, 28): Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur, consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur, vel liberti qui perperam et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. §. 1 I. h. t. (2, 18). Die Meinung Marezoll's (Zeitſchr. für Civilr. u. Civilpr. I, 7. 1828), das Recht der Geſchwiſter ſey gar kein Pflichttheilsrecht, erledigt ſich unter andern ſchon durch Nov. 1 pr. §. 2.

f) Um in einem beſtimmten Fall pflichttheilsberechtigt zu ſeyn, iſt nicht (wie man ſehr häufig irrthümlich annimmt) erforderlich, daß man der nächſte Inteſtaterbe ſey (z. B. Halbgeſchwiſter bey der Exiſtenz von Kindern vollbürtiger Geſchwiſter), — ſ. L. 6 §. 1 D. h. t. (§. 490 Note m) — ſondern nur daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden ſey, der ein näheres Inteſtaterbrecht hat. Denn es handelt ſich hier nur um die Ordnung unter den Pflichttheilsberechtigten ſelbſt.

g) Indem unſer Recht den Aſcendenten ein abſolutes, den Geſchwiſtern nur ein relatives Recht giebt, ſetzt es dieſe jenen nach. Die Aelteren unter unſern Juriſten haben dieß mit Einſicht in die Natur der Sache faſt durchgängig angenommen, ſ. Glück, Commentar VII S. 11 f., anders viele Neuere, ſ. Mühlenbruch, Fortſetz. XXXV S. 232 f. Vangerow, Leitfaden §. 474 a. E.

h) L. 14 D. h. t. (5, 2): Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit, emancipatus suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre prae-

b. Hinterlassung des Pflichttheils.

§. 489.

Der Testator kann die Notherbfolge der Pflichttheilsberechtigten dadurch abwenden, daß er ihnen den Pflichttheil auf irgend eine Art hinterläßt[a]), sey es durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß oder Schenkung auf den Todesfall[b]), ohne daß das Hinterlassene ausdrücklich als Pflichttheil bezeichnet zu werden braucht, ja auch inter vivos kann er gegeben werden, dieß muß aber mit dieser ausdrücklichen Bestimmung geschehen[c]). Die Zuwendung muß unmittelbar aus seinem Vermögen erfolgen[d]), und frey von jeder Beschwerde; das Onus (Bedingung, Zeit, Modus ꝛc.) macht nach neuerem Recht die Hinterlassung nicht ungültig, es wird für nicht beigefügt geachtet[e]), doch bleibt es, wenn mehr als der Pflichttheil hinterlassen ist, auf dem Ueberschuß[f]). Das Onus kann aber dadurch wirksam werden, daß der Berechtigte selbst sich zu dessen Ueber-

---

terito, vita decessit; in quaestione de inofficioso testamento praecedente causa filiorum patris intentio adhuc pendet. Quod si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest. L. 31 pr. §. 1 eod.: Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est, et placuit posse, ut fiat successioni locus. Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentium querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis an extraneis vel municipibus. Wer eine successio graduum bey der Intestaterbfolge der Kinder annimmt (§. 458 Note e), muß sie auch hier annehmen, also den Enkel an die Stelle des (noch lebenden) Sohns treten lassen, in entschiedenem Conflict mit L 34 C. h. t. (3, 28).

a) §. 6 I. h. t. (2, 18), L. 8 §. 6 D. eod. (5, 2), L. 6 C. eod. (3, 28).

b) Als Vermächtniß hat der Pflichttheil die Vorzüge 1) des Wegfalls der Falcidia, 2) der Evictionsleistung, 3) der Bestrafung des Onerirten um ein Drittheil mehr, wenn er nicht ungezwungen zahlt, vorausgesetzt jedoch, daß er es ist, der durch die Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil gewinnt, L. 34 pr. 36 pr. C. eod.

c) L. 25 pr. D. eod., L. 35 §. 2 L. 36 pr. C. eod. Nur die gegebene dos, donatio propter nuptias und Kaufsumme einer militia wird ipso iure in den Pflichttheil eingerechnet, L. 29. 30 §. 2 C. eod.

d) L. 36 pr. C. eod. Vgl. Mühlenbruch, Comment. XXXV S. 294 ff.

e) L. 32 C. eod.

f) L. 36 §. 1 C. eod., L. 6 pr. C. ad S. C. Trebell. (6, 49). Streitfrage: ob ein mehreren Kindern gegenseitig auf den Fall des Früherſterbens auferlegtes Fideicommiß als ein mißbilligtes Onus betrachtet werden könne? L. 12 C. h. t. (3, 28), Glück, Comment. VII S. 76 ff.

nahme versteht[g]). Der Pflichttheil ist von Justinian[h]) auf ein Drittheil oder die Hälfte der Intestaterbportion des Notherben[i]),

g) Darauf bezieht sich die s. g. cautela Socini: entweder den Pflichttheil unbeschwert, oder mehr als jenen, aber mit einem Onus auf das Ganze. Vgl. Glück, Comment. VII S. 86 ff.

h) Nov. 18 pr. c. 1: — Frequenter igitur et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis et benevolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur, iam etiam debitum vocant, solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui: reliquum vero iacet in voluntate parentum, et capiunt quidem cognati omnia, et extranei, vel cum libertate servi, filii vero, licet multi consistant, etiamsi nihil offenderint parentes, confunduntur, et triuncium dividunt solum, vel si decem forte aut amplius fuerint, et pauperes erunt filii patris, donec vixerit, idonei. c. 1. Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescentes, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium vel quattuor, non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerint filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendo, et hoc non sub iniusta circumstantia rerum, forsan enim ob hoc etiam alii iniustitiam patiuntur et aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus, sed quod contigerit unumquemque, per omnia aequum esse in qualitate et quantitate, sive quis illud institutionis modo, sive per legati, idem est dicere et si per fideicommissi relinquat occasionem, licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere et largiri, sicut voluerit, filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter sic ad extraneas largitates accedere; hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Gegen die Beschränkung des Gesetzes auf Descendenten s. u. a. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück XXXV S. 238 ff. (Riedel, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. IX No. 8 S. 276 [1851]. R.)

i) Gegen die Meinung, daß Justinian die Eigenschaft des Pflichttheils als einer pars portionis ab intestato debitae aufgehoben habe, s. u. a. Glück, Comment. VII S. 29 ff. Vgl. L. 8 §. 6. 8 D. h. t. (5, 2): Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto secure eum testari. — Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur, utputa sumus duo filii exheredati? Et utique faciat, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. L. 6 C. eod. (3, 28): Cum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint

jenachdem die Intestaterbschaft in vier und weniger, oder in fünf und mehr Theile gehen würde, gesetzt. Die Berechnung geschieht nach dem Stand des Vermögens zur Zeit des Todes[k]), zur Bestimmung des Intestaterbtheils mit Berücksichtigung aller Intestaterben, zur Bestimmung der Quote desselben nach der Zahl der Theile, in welche die Erbschaft bey der Intestaterbfolge gehen würde[l]). Diese Berechnung braucht übrigens der Testator selbst nicht vorzunehmen, er kann schlechtweg den „Pflichttheil" oder irgend einen Gegenstand mit der Anweisung, den Pflichttheil nöthigenfalls zu ergänzen, hinterlassen, ja nach neuerem Recht wird diese Anweisung stillschweigend verstanden, und dem Notherben, wenn der Testator das Gegentheil nur nicht ausdrücklich angeordnet hat, eine actio ad supplementum legitimae gegeben, d. h. dieselbe Klage, welche er wegen des ihm ausdrücklich Hinterlassenen hat, erstreckt sich auch auf diese gesetzliche Ergänzung[m]).

c. Ausschließung vom Pflichttheil.

§. 490.

Die Ausschließung vom Pflichttheil kann geschehen durch Enterbung (bey Notherben, die nicht präterirt werden dürfen, §. 486. 487) und durch Präterition (bey andern)[a]); in beiden Fällen kann sie eine gänzliche oder theilweise seyn, das letztere aber setzt die ausdrückliche Bemerkung voraus, daß der Notherbe nicht mehr zu erhalten verdiene (§. 489 a. E.)[b]). Eine solche Ausschließung nun führt, wenn der Testator nicht einen hinreichenden Grund dazu hatte[c]),

---

dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur (Antonin.). (Gegen die Meinung, daß nicht auf die Hauptheile, sondern die Intestatportion jedes einzelnen Pflichttheilsberechtigten gesehen werden müsse [z. B. Vangerow, Leitfaden (1848) 2 S. 269, Göschen, Vorlesungen 5 S. 273], Riedel a. a. O. S. 273—275. R.)

k) L. 6 C. cit. (Note i).

l) Vgl. Francke, Recht der Notherben §. 17.

m) L. 30. 35 §. 2 C. h. t. (3, 28). Nach obigem Princip (das freilich sehr bestritten ist, vgl. Mühlenbruch, Fortsetz. XXXVI S. 22 f.) folgt, daß sie nicht nach den Grundsätzen der querela inofficiosi beurtheilt werden kann, namentlich nicht hinsichtlich der Verjährung, worin die ungeschickte Fassung der L. 34 in f. C. eod. nicht irre machen darf.

a) L. 3 D. h. t. (5, 2).

b) L. 30 pr. C. h. t. (3, 28).

c) Die Gründe waren vor der Nov. 115 nicht gesetzlich bestimmt, sondern

eine Erbfolge gegen das Testament herbey. Die ausgeschlossenen Notherben haben, nach der Notherbfolgeordnung (§. 488), gegen die eingesetzten Erben, welche die Erbschaft angetreten[d]), auch gegen einen von mehreren, wenn dem Kläger diese Beschränkung zusagt[e]), außerdem auch gegen die, welche die Erbschaft an Erbesstatt haben[f]), die querela inofficiosi testamenti, quasi non sanae mentis fuerit testator[g]), entweder im Wege der Klage, als hereditatis petitio ex causa inofficiosi[h]), oder als contradictio, wenn sie Besitzer sind[i]). Die Querel hat, wenn der Kläger damit durchdringt, die Wirkung der Rescission des Testaments[k]), ganz oder (wenn nicht gegen alle Erben geklagt oder durchgedrungen worden ist) theilweise[l]), und der Einführung der Intestaterbfolge, ganz oder theilweise[m]).

---

ihr Gewicht der richterlichen Beurtheilung überlassen. Nov. 22 c. 47 setzt für die Geschwister die Gründe für ihre Ausschließung von der Intestaterbfolge (§. 448 Note d), nicht die für ihre Ausschließung vom Pflichttheil fest.

d) L. 8 §. 10 D. h. t. (5, 2), L. 36 §. 2 C. eod. (3, 28).

e) L. 25 §. 1 D. eod. Nur wenn Notherben und extranei eingesetzt sind, muß der Kläger sich auf die letzteren beschränken, L. 19 eod. Geschwister können nur gegen eine turpis persona klagen (§. 488).

f) L. 1. 10 C. h. t. (3, 28).

g) L. 2. 5 D. eod. (5, 2).

h) L. 20 pr. D. de bon. p. contra tab. (37, 4), L. 8 §. 8 L. 20 D. h. t. (5, 2), L. 34 C. eod. (3, 28). Von der bonorum possessio litis ordinandae gratia L. 6 §. 2 L. 7. 8 pr. §. 16 D. eod.

i) L. 8 §. 13 eod.

k) L. 8 §. 16 L. 13 eod. Modification bey dem Sieg des Klägers durch Contumacia des Beklagten, L. 17 §. 1 eod.

l) L. 15 §. 2 (cf. §. 449 e) L. 19. 24 eod., vgl. Note m.

m) L. 6 §. 1 eod.: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patremfamilias facit. L. 16 pr. eod.: Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit. L. 25 §. 1 eod.: Si quis cum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse. L. 17 pr. 19. 24 eod. Durch den Umstand, daß der Kläger nur pro parte Intestaterbe ist, wird die Querel nicht eine theilweise in ihrer Wirkung auf das Testament (so daß dieses also hier stets nur zum Theil rescindirt würde,

Diese Wirkung kann nicht bloß die gänzliche, sondern auch die theilweise Ausschließung haben[n]).

Das Recht der Querel geht unter durch den Tod (wie die Delation eines anderen Erbrechts), wenn der Berechtigte sich nicht für den Gebrauch der Querel erklärt, sie „präparirt" hat (d. h. die Notherbfolge angenommen hat)[o]), eben so durch Repudiation[p]), durch Anerkennung des iudicium defuncti[q]), durch Vergleich mit den Erben[r]), durch Ablauf von fünf Jahren von dem Antritt der Erbschaft[s]). Wenn die Querel Mehreren zugleich deferirt ist, so accrescirt das Recht der durch Repudiation, Verjährung oder Tod (ohne Transmission) Wegfallenden den übrigen[t]). Die Querel wird aber ferner nicht zugelassen, wenn dem Ausgeschlossenen ein anderer Weg zur Erbschaft offen steht[u]), nicht gegen eine Pupillarsubstitution (§. 478 Note f), gegen das Testament eines Soldaten[v]), endlich wenn die Enterbung bona mente, zum wohlverstandenen Vortheil des Enterbten selbst geschehen ist[w]).

---

wie wenn bloß gegen einen von mehreren Erben geklagt wäre), sondern nur in ihrer Wirkung für den Kläger. So ist zu verstehen L. 8 §. 8 eod. (§. 489 Note i). Dieß wird auch bestätigt durch L. 19 eod. (vgl. Note e), die man sehr unberechtigt als Zeugniß für die irrige Meinung anführt, daß der theilweise Intestaterbe auch nur theilweise das Testament rescindire (Vangerow, Leitfaden §. 479 u. A.).

n) L. 30 pr. C. eod. (3, 28).

o) L. 6 §. 2 L. 7 D. h. t. (5, 2), L. 5 C. eod. (3, 28). Nur auf Descendenten wird die Querel ohne Präparation transmittirt, L. 34. 36 in f. C. eod.

p) L. 17 pr. D. L. 34 in f. C. eod.

q) L. 23 §. 1 L. 32 pr. D. eod., L. 8 §. 10 L. 12 §. 2 eod.

r) L. 35 §. 1 C. eod.

s) L. 36 §. 2 C. eod., L. 8 §. ult. D. eod.

t) L. 17 pr. 23 §. 2 eod.

u) §. 2 I. h. t. (2, 18), L. 4 C. de lib. praet. (6, 28), L. 28 D. h. t. (5, 2).

v) L. 8 §. 3. 4 eod., L. 9. 24 C. eod. (3, 28). Dasselbe Recht sollte auch für das Testament eines Filiusfamilias, der nicht Soldat ist, über seine castrensia vel quasi gelten, L. 37 C. eod.; durch Nov. 115 c. 4 pr. ist dieß abgeändert, wie es für einen dahin gehörigen Fall der quasi castrensia ausdrücklich bezeugt ist in Nov. 123 c. 19.

w) L. 18 D. de lib. et post. (28, 2): Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant. L. 16 §. 2 D. de cur. fur. (27, 10): Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis, si eos iussisset he-

Von der querela inofficiosae donationis und dotis[a]).

§. 491.

Wenn der Erblasser durch eine Schenkung oder gegebene Dos den Pflichttheil eines Notherben verkürzt, d. h. bewirkt hat, daß das, was bey seinem Tod dem Notherben zufällt, weniger beträgt, als dessen Pflichttheil, wenn dieser von dem Vermögen, wie es vor der Schenkung war, berechnet würde[b]), so hat der Verkürzte[c]) die Querel, welche nach der Analogie der querela inofficiosi testamenti zu beurtheilen ist[d]), gegen den Beschenkten und dessen Erben[e]), auf Rescission der Schenkung, soweit sie den Pflichttheil des Klägers beeinträchtigt[f]). Auch wegen einer unter dem Schein

---

redes esse et exheredasset filium, eique quod sufficeret alimentorum nomine ab eis certum legasset addita causa necessitateque iudicii sui, aut si non habuit in potestate nepotes, quoniam emancipato iam filio nati fuissent, sub conditione eos heredes instituere, ut emanciparentur a patre prodigo. L. 25 C. h. t. (3, 28), L. 12 §. 2 D. de bon. lib. (38, 2). Ein Irrthum ist es, die Möglichkeit der wohlgemeinten Enterbung auf die in diesen Stellen vorkommenden Beispiele zu beschränken. Man hat aber sogar die Existenz einer solchen Enterbung in Abrede stellen wollen, so Francke, R. der Notherben §. 34, s. dagegen Mühlenbruch, Fortsetzung XXXVII S. 396 ff.

a) Cod. III. 29: de inofficiosis donationibus. 30: de inofficiosis dotibus. Ueber die mannigfachen Controversen in dieser Lehre s. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXVI S. 38—139.

b) Nov. 92 c. 1. Streitfrage: ob der Effect der Verkürzung hinreiche, oder bösliche Absicht des Schenkers nothwendig sey; das erste ist die herrschende Meinung, das letztere will mit einigen Andern Mühlenbruch a. a. O. S. 74 ff.

c) Aber nur Descendenten und Ascendenten steht dieses Recht zu, nicht Geschwistern (die nur bedingt und nicht für diesen Fall Notherben sind), noch weniger der dürftigen Wittwe. Die gewöhnliche Meinung ist für die Ausdehnung wenigstens auf die Geschwister im Fall einer turpis persona donata, Mühlenbruch a. a. O. S. 55. — Dem Vater ist aus demselben Grund der Pflichttheilsverletzung das Recht der Reduction gegeben, wenn ihm nach Beschenkung seiner Kinder andere nachgeboren werden, L. 5 C. de inoff. don. (3, 29). Dieses Recht hat eben nur jene Voraussetzung mit der Querel gemein.

d) L. ult. C. eod. Namentlich steht ihr auch entgegen, daß der Kläger sich eines Enterbungsgrunds schuldig gemacht hat, Nov. 92 c. 1 §. 1.

e) Gegen die Meinung, daß sie auch gegen den dritten Besitzer gehe, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 70 ff.

f) L. 2. 5. 7. 8 pr. C. de inoff. don., Nov. 92 c. 1. In diesen Stellen ist der Pflichttheil als Gegenstand der Klage deutlich ausgesprochen.

eines andern Geschäfts gemachten Schenkung findet die Querel Statt, keineswegs aber können onerose Veräußerungen als solche angefochten werden[g]).

B. Recht der Novelle 115.

1. Vorschriften derselben.

§. 492.

Ascendenten sollen ihre notherbberechtigten Descendenten, und Descendenten ihre notherbberechtigten Ascendenten weder präteriren, noch ohne specielle Angabe eines bestimmten, in dem Gesetz selbst gegebenen, von dem eingesetzten Erben zu beweisenden Enterbungsgrunds exherediren, widrigenfalls die Erbeinsetzungen des Testaments ungültig seyn, die übrigen Dispositionen aber aufrecht erhalten werden sollen[a]). Sind sie zu Erben eingesetzt, aber auf weniger

---

Allerdings ließe sich auch eine andere Behandlung der Sache, mehr nach Analogie der querela inofficiosi testamenti, denken, wonach die ganze Schenkung rescindirt würde, und diese findet sich auch in einem Rescript Alexander's, L. 87 §. 3 D. de leg. II. (31), — dagegen läßt ein Rescript Diocletian's, L. 4 C. de contr. emt. (4, 38) diesen Punkt im Ungewissen —; als entscheidend für das justinianische Recht sind jene ersten Stellen anzusehen. Eine ausführliche Erörterung der Frage giebt Breidenbach, Archiv für civ. Pr. XXVII. 14, XXVIII. 2. Er entscheidet sich für die Meinung, die zwischen dem Fall der gänzlichen Ausschließung vom Pflichttheil und dem einer bloßen Verkürzung desselben unterscheidet. Es ist aber eben die Frage, ob der erste Fall in seiner eigentlichen Bedeutung als Folge einer Schenkung statuirt werden kann.

g) Gegen eine angebliche actio Faviana und Calvisiana utilis im Fall oneroser Veräußerungen s. Mühlenbruch S. 134 ff. Vgl. auch L. 2 D. si a parente quis man. (37, 12).

a) Nov. 115 c. 3: Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex

als ihr Pflichttheil beträgt, so soll nur die Ergänzung desselben von ihnen gefordert werden b).

---

alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis serie continentur. Causas autem iustas ingratitudinis has esse decernimus — — —. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis. Nov. 115 c. 4: Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus — — —. Si tales igitur causas vel certas aut unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes, aut certas, aut unam ex his probaverint, testamenta in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis, sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitudinis causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum actores etiam alias poenas sentiant legibus definitas.

b) Nov. 115 c. 5: Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum iniuriis liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab here-

Die Ursachen, aus denen Eltern ihre Kinder enterben können, sind (nach der Ordnung, in der das Gesetz sie aufführt)[c]: 1) Thätlichkeiten, deren sich die Kinder gegen sie schuldig gemacht haben; 2) grobe sonstige Injurien; 3) criminelle Anklagen, welche die Kinder gegen die Eltern erhoben haben, mit Ausnahme des Hochverraths; 4) Gemeinschaft der Kinder mit Giftmischern und magische Mittel gegen Leben und Gesundheit bereitenden Personen; 5) Lebensnachstellungen gegen die Eltern; 6) unerlaubter Umgang mit der Ehefrau des Vaters, oder mit einer in anderer rechtmäßiger Geschlechtsverbindung mit demselben stehenden Person[d]; 7) beträchtlicher Verlust, den die Eltern durch Denuntiation von Seiten des Kindes erlitten haben[e]; 8) Weigerung männlicher Kinder, sich für sie zu verbürgen, wofern sie dadurch hätten aus dem Gefängniß befreit werden können[f]; 9) directer Versuch, sie am Testiren zu hindern; 10) Eintritt der Kinder ohne oder (wofern sie außer der elterlichen Zucht sind) wider den Willen der Eltern in eine Gaukler- oder Schauspielerbande, wenn sie bey diesem Erwerb verharrt haben und die Eltern nicht selbst dieses Gewerbs sind[g]; 11) schlechter Lebenswandel, dem sich die Kinder weiblichen Geschlechts ergeben, während sie eine vom Testator ihnen angetragene Heirath ausgeschlagen haben. Unter den Begriff eines schlechten Lebenswandels ist auch eine wider den Willen der Eltern geschlossene

---

dibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre —.

c) Nov. 115 c. 3 §. 1—14. Vgl. Glück, Commentar VII S. 209 ff. Mühlenbruch, Fortsetzung XXXVII S. 140 ff.

d) Das Gesetz nennt die Concubine, dieß fällt mit der Rechtmäßigkeit des Concubinats weg; die Anwendung auf die Maitresse des Vaters wäre eine Unwürdigkeit. Dagegen wird die Verführung der Braut des Vaters hieher zu ziehen seyn. Dieser sechste Enterbungsgrund fällt übrigens auch schon unter den zweiten.

e) Streitig, ob eine falsche Denuntiation nothwendig sey, wozu die Voraussetzung eines wirklichen Verlusts nicht ganz zu passen scheint.

f) Der Zusatz: liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, hat viele Juristen bewogen, dieß auf die Kinder, welche schon zur Zeit der Aufforderung zur Bürgschaft in dem Notherbenverhältniß sich befanden, zu beschränken.

g) Das Gesetz spricht vom Sohn; auf ihn wollen manche Juristen (von einem unrichtigen Standpunkt der Interpretation aus, s. §. 493 Note f) es beschränken.

unanständige Ehe gestellt. Entschuldigt wird eine über fünf und zwanzigjährige Person, wenn ihre Verheirathung verzögert worden, und sie hiernach zu Fall gekommen, oder in eine nicht anständige Ehe getreten ist; 12) Vernachläßigung des Testators während einer Geisteskrankheit desselben; 13) Vernachläßigung des Testators in der Gefangenschaft, also Versäumung der Pflicht, ihn loszukaufen; 14) Irrglaube der Kinder, wenn der Testator rechtgläubig ist. Dieß setzt voraus, daß eine christliche Religionslehre in einem Staat ausschließlich als die wahre anerkannt und sanctionirt ist; darum fällt dieser Enterbungsgrund mit den übrigen Bestimmungen des römischen Rechts über Häresie heutzutage weg.

Die Ursachen, aus denen Kinder ihre Eltern enterben können, sind[h]): 1) Anklage auf Todesstrafe, welche die Eltern gegen sie erhoben haben, mit Ausnahme des Hochverraths; 2) Lebensnachstellungen gegen den Testator; 3) unerlaubter Umgang mit einer in rechtmäßiger Geschlechtsverbindung mit dem Sohn stehenden Person[i]); 4) directer Versuch, das Kind am Testiren zu hindern; 5) Lebensnachstellung, deren sich der Ascendent gegen seinen Ehegatten schuldig gemacht hat; 6) Vernachläßigung des Testators in einer Geisteskrankheit; 7) Vernachläßigung in der Gefangenschaft, wie oben; 8) Irrglaube, wie oben.

2. Resultate.

a. Für die Notherbfolge der Descendenten und Ascendenten.

§. 493.

Zu den Personen, welche nicht präterirt werden dürfen (§. 485), gehören nunmehr alle Descendenten und Ascendenten, sofern sie überall Notherben sind (und dieß ist nach den Grundsätzen des §. 488 zu beurtheilen), sey es, daß sie es schon zur Zeit der Testamentserrichtung waren, oder nachher es werden (postumi), so daß dieß kein Vorzug der sui, emancipati etc. mehr ist. Nun wäre es allerdings möglich, die Sätze des älteren Rechts über

---

h) Nov. 115 c. 4 §. 1—8. Vgl. Glück, Commentar VII S. 244 ff. Mühlenbruch, Fortsetzung XXXVII S. 167 ff.

i) Vgl. Note d. Gegen die Beschränkung auf den suus (wegen des vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrucks τοῦ οἰκείου παιδός) s. R. Schneider, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XII S. 369 ff.

diese letzteren (§. 486. 487) noch neben dem Recht der Novelle in Anwendung zu bringen, also zu unterscheiden, ob durch die Präterition schon die Vorschriften des älteren Rechts (in Beziehung auf Form und Personen) verletzt sind, und hier auch die Wirkung des älteren Rechts (Nullität oder bonorum possessio contra tabulas) eintreten zu lassen, oder ob der Testator lediglich die neuen Vorschriften der Novelle übertreten hat, und darauf die in dieser ausgesprochenen Folgen zu beschränken; und in der That sind nicht wenige ältere und neuere Juristen dieser Meinung[a]). Aber der Geist des neuesten Erbrechts und die Analogie der sonstigen erbrechtlichen Veränderungen Justinian's scheint zu fordern, daß wir die Vorschriften der Novelle nicht bloß als einen supplirenden Nachtrag zu jenem älteren Recht, sondern als an die Stelle desselben gesetzt betrachten[b]). Entscheidend ist, daß die entgegengesetzte Ansicht dem Gesetzgeber ein Flickwerk zumuthet, dessen er vielleicht wohl fähig war, dessen Verschuldung aber in dem vorliegenden Fall durch den Inhalt des Gesetzes keineswegs außer Zweifel gesetzt werden kann[c]). Die Bestimmungen der Novelle gelten also für jede Präterition einer jeden Person, die zu den notherbberechtigten Descendenten und Ascendenten gehört[d]).

Der Testator muß diese Notherben entweder gehörig einsetzen, oder gehörig enterben (nach den im §. 486 gegebenen Erfordernissen)[e]). Zur gehörigen Enterbung aber ist (außer den Erfordernissen des älteren Rechts) noch die ausdrückliche Anführung einer gesetzlichen, in der Novelle 115 (wenn auch nicht gerade wörtlich)

---

a) Einer der neusten Verfechter dieser Meinung ist Vangerow, Leitfaden §. 486.

b) Dieß ist denn auch die Meinung der neusten, oben §. 485 Note a citirten Schriftsteller über das Notherbenrecht.

c) Man hat diese zweite Ansicht das Derogationssystem, und dagegen jene erstere das Correctionssystem genannt, nicht sehr bezeichnend, da im Grunde beide Ausdrücke für beide Ansichten passen würden. Passender würde die erste das Additionalsystem, die zweite das Reformsystem genannt werden.

d) Manche Juristen, die im Allgemeinen dieser Ansicht sind, wollen die Nullität des Testaments (§. 486) und die b. p. contra tabulas (§. 487) doch noch in gewissen einzelnen Fällen salviren, was als entschieden unzuläßig anzusehen ist.

e) Manche gehen so weit, mit dem besondern Recht der sui und emancipati auch die alten Vorschriften über Einsetzung und Enterbung eines Notherben fallen zu lassen, so Francke, R. der Notherben S. 397 ff.

enthaltenen [f]), und nicht durch wirkliche Verzeihung aufgehobenen Enterbungsursache [g]), oder der guten Absicht bey der exheredatio bona mente facta [h]) erforderlich.

Ist diese Vorsicht nicht beobachtet, so ist die Erbeinsetzung ungültig, die sonstigen Dispositionen werden aufrecht erhalten. Aber jene Ungültigkeit ist keine Nullität, sondern Rescissibilität [i]). Die ausgeschlossenen Notherben verdrängen durch ihre Erklärung, von dem ihnen gegebenen Recht Gebrauch machen zu wollen, die Erbeinsetzung, und succediren ab intestato [k]). Andern Personen nützt das Recht der Notherben nicht, ihnen steht noch immer der Wille des Testators entgegen, der nur zu Gunsten der zur Notherbfolge Berechtigten gebrochen wird [l]).

Ein Notherbe aber, welcher in gehöriger Form enterbt ist, hat aus der Novelle die querela inofficiosi testamenti, von welcher das ältere Recht gilt (§. 490), nur daß sie bloß auf Rescission

---

f) Unsere Juristen sind häufig von der Vorstellung ausgegangen, Justinian habe die Enterbungsursachen nicht bloß möglichst genau bestimmen, sondern sie auch bis auf das Alleräußerste einschränken wollen. So sind sie zu der weichlichen Maxime gekommen, durch eine einschränkende Interpretation so viele Unwürdige als nur möglich der wohlverdienten Strafe zu entreißen, s. z. B. §. 492 Note e. f. g. i.

g) Streitfrage: kann der Enterbte sich auf Verzeihung nach dem Testament berufen? Daß der Testator sein Testament hat stehen lassen, beweist gegen die Wirklichkeit der Verzeihung.

h) Vgl. M. S. Mayer, die L. von dem Erbrecht §. 107 f.

i) Nur nicht ex causa inofficiosi, so daß das remedium ex novella überall die querela inofficiosi testamenti wäre (s. g. Inofficiositätssystem); wo es sich um die Form der Einsetzung oder Enterbung handelt, kann dieses Rechtsmittel seiner Natur nach nicht angewendet werden. — Vgl. auch noch §. 67 Note d.

k) Für die Descendenten wird es ausdrücklich gesagt, daß nur zu Gunsten ihrer die Erbeinsetzung ungültig seyn soll, bey den Ascendenten ist der Ausdruck ein allgemeinerer (§. 492 Note a). Eine Verschiedenheit in beiden Fällen ist nicht anzunehmen, man muß sich daher für eines von beiden, für den Eintritt bloß der Notherben, oder aller Intestaterben (also z. B. auch der rechtmäßig enterbten) entscheiden. Das erste ist, wie der Analogie der bonorum possessio contra tabulas, so auch der Intention Justinians allein gemäß.

l) Dieser Grund steht indessen den in dem Testament eingesetzten, den Notherben gleichstehenden Intestaterben nicht entgegen, darum ist zu behaupten, daß diese mit den ausgeschlossenen Notherben ab intestato erben.

der Erbeinsetzung geht, und dem Beklagten der Beweis der angeführten Enterbungsursache obliegt. Eine Folge der Nothwendigkeit, die Enterbungsursache anzuführen, und der damit schon an sich für den Enterbten verbundenen Kränkung ist es, daß durch Hinterlassung des Pflichttheils neben der Enterbung die Querel nicht abgewendet wird[m]).

Wenn endlich diese Notherben eingesetzt sind, aber auf zu wenig, so haben sie die Klage auf Ergänzung ihres Pflichttheils (§. 489. 492 Note b). Ein anderes ist die theilweise Ausschließung (§. 490), die aber nach der Novelle wie die gänzliche die Anführung einer Enterbungsursache voraussetzt[n]).

b. Für die Notherbfolge der Geschwister.

§. 494.

Der Geschwister wird in der Novelle nicht gedacht, für sie gilt daher noch das alte Recht, nur kann auch ihre Querel lediglich die Rescission der Erbeinsetzung zur Folge haben. Denn es wäre widersinnig anzunehmen, daß die Ausschließung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben solle, als die der näheren und absoluten.

---

m) Viele Juristen, namentlich die neusten Schriftsteller über diese Materie, verwerfen die Querel gänzlich, glauben also, daß das remedium ex novella in keinem Fall mehr die Querel sey (s. g. Nullitätssystem). Dafür und gegen ein s. g. gemischtes System (welches auch nach der Novelle die Nothwendigkeit des Gedenkens und des Bedenkens unterscheidet, welche Unterscheidung die Wurzel des ganzen römischen Notherbrechts ist) darf man sich nicht darauf berufen, daß Justinian in seiner Novelle keinen solchen Unterschied ausdrücklich mache, denn Justinian setzt überall nur die Wirkung, nicht den Weg fest, auf dem sie herbeizuführen ist. Diesen nach den in der justinianischen Gesetzgebung gegebenen Begriffen festzustellen, ist Sache der Jurisprudenz. Daher ist das s. g. Nullitätssystem, nach welchem durch die dürftigen Bestimmungen der Novelle das ausgebildete Recht der Querel für die hauptsächlichsten Notherben ersetzt und aufgehoben seyn soll, für eben so unrichtig zu halten, als das Inofficiositätssystem (Note i).

n) Man glaubt, Nov. 115 c. 5 (§. 492 Note b) widerspreche der Anfechtbarkeit des Testaments wegen theilweiser Ausschließung, aber der in dieser Stelle vorausgesetzte Fall ist noch ein ganz anderer, als der hier vorausgesetzte. Wenn sogar die Hinterlassung des ganzen Pflichttheils neben der Enterbung die Anfechtung des Testaments nicht ausschließt, so kann es um so weniger die theilweise Hinterlassung.

IV. Aufhebung der Delation.

§. 495.

Eine gültig geschehene Delation wird wieder aufgehoben, wenn die Erwerbung nicht erfolgt, da die Delation nur als Uebergang zum Erwerb Bedeutung hat, also durch nach der Delation, aber vor dem Erwerb eintretende Successionsunfähigkeit (§. 448), durch den Tod des Delaten vor dem Erwerb[a]), durch Ausschlagung des Erbrechts (§. 499)[b]), und durch nachher eintretende Ungültigkeit des Testaments. Durch eine Resolutivbedingung kann die Delation nicht aufgehoben werden (§. 475); abgesehen von dem Fall einer Enterbung (§. 480), ist die s. g. clausula privatoria nichts, als bedingte Anordnung eines Universalfideicommisses[c]).

Drittes Kapitel.

Erwerb des Erbrechts.

I. Erwerb der hereditas[a]).

A. Durch voluntarii heredes.

1. Fähigkeit der Person.

§. 496.

Der Erwerb des Erbrechts setzt, da er untrennbar auch eine Verpflichtung enthält, die Fähigkeit voraus, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten[b]). Wird durch den Sohn, dem deferirt

---

a) L. un. §. 5 C. de caduc. toll. (6, 51). Ausnahmen s. §. 504.

b) Ausnahme §. 503.

c) Vgl. L. 78 §. 2. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

a) Inst. II. 19: de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2: de adquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30: de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate.

b) L. 8 pr. D. h. t.: More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt, hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae

worden, der Vater Erbe, so fordert der Erwerb dessen Willen[c]). Gehört die Erbschaft zu den Adventicien, so kann der Vater für den infans erwerben oder ausschlagen, was aber für den letzteren nur unter Voraussetzung seiner künftigen Zustimmung bindend ist[d]); eben so für den lange abwesenden Sohn[e]). Dieser Antritt durch den Vater im Fall der Handlungsunfähigkeit oder Abwesenheit gilt auch für eine unter den Begriff der bona castrensia vel quasi fallende Erbschaft, da auch auf diese der Vater einen Anspruch hat, wenn der Sohn sie ausschlägt[f]).

2. Erwerbshandlung.

§. 497.

Zur Erwerbung ist erforderlich 1) der entschiedene und bestimmte Wille, auf die erfolgte Delation Erbe zu werden; Zweifel über die Delation und den Delationsgrund schließen diesen Willen und somit die Erwerbung aus[a]), auch ist ein bedingter Antritt

---

quasi necessariae. L. 63 eod., L. 9 §. 3 D. de auctor. tut. (26, 8), L. 18 §. 2—4 C. h. t.

c) L. 6 pr. §. 1 D. h. t. (29, 2), L. 8 §. 1 eod.: Impubes, qui in alterius potestate est, si iussu eius adierit hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei adquirit hereditatem. Ein besonderer Fall, wenn der Vater necessarius des Erblassers ist, §. 500 Note a.

d) L. 8 pr. §. 1. 6 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 18 pr. §. 1. 4 C. h. t. (6, 30).

e) L. 8 §. 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

f) L. 8 §. 2 C. eod.

a) L. 19. 22. 30 §. 1—7 L. 32 D. h. t. (29, 2). Eine Ungewißheit über die eigne Fähigkeit hindert jenen entschiedenen Willen nicht, L. 34 pr. eod., L. 21 D. de cond. et dem. (35, 1), eben so wenig der Irrthum, es sey eine Bedingung gesetzt, wenn der Erbe sie für erfüllt hält, L. 34 §. 1 D. h. t., wohl aber die Annahme, die irrig vorausgesetzte Bedingung, oder die wirklich gestellte, aber erfüllte sey noch nicht erfüllt, L. 21 D. de cond. et dem. Die Nichtkenntniß des Erbtheils, überhaupt des Umfangs des zu Erwerbenden hindert die Erwerbung nicht, L. 21 §. 3 D. h. t.: Si quis partem ex qua institutus est, ignoravit, Iulianus scribit nihil ei nocere quo minus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen exstitit conditio sub qua substitutus est. Quid taen si i gnorat conditionem exstitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. Bey der Erklärung dieser Stelle (vgl. Schulting-Smallenburg, notae ad h. l.) ist man gewöhnlich von

nicht möglich[b]), dagegen macht ein unrechtes Motiv des Willens die Erwerbung nicht nichtig[c]); 2) eine Erklärung dieses Willens durch Handlungen als Erbe, pro herede gestio[d]), oder auch durch wörtliche Aeußerung desselben[e]). Durch einen Stellvertreter kann das Erbrecht nicht erworben werden[f]), ausgenommen einem infans durch den Vater oder den Vormund[g]), und einer juristischen Person durch ihre Beamten[h]).

3. Zeit der Erwerbung.

§. 498.

Der Erbe kann an sich antreten, so bald[a]) und so spät er will. Dieses letztere erleidet eine Ausnahme 1) wenn der Testator dem Erben einen Termin als Bedingung gesetzt hat; 2) wenn ein Notherbe die querela inofficiosi testamenti anstellen will, in welchem Fall dem Erben eine halb- oder ganzjährige Frist, je nachdem er an- oder abwesend ist, gesetzt wird, nach deren Ablauf ohne Erklärung er übrigens als Antretender behandelt wird[b]);

---

der Voraussetzung ausgegangen, daß sie den Einfluß des Nichtwissens sehr verschiedener bey der Delation zur Sprache kommender Umstände betrifft; dieß hat zu Emendationen geführt (ignorat statt non ignorat, non posse statt posse). Aber die Stelle entscheidet nicht verschiedene Fälle, sondern führt nur in ihrem Verlauf den an den Eingang gestellten Satz weiter aus.

b) L. 51 §. 2 eod.

c) L. 6 §. 7 L. 85 eod.

d) L. 20 pr. eod.: Pro herede gerere videtur is qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non esse facti quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. L. 20 §. 4 L. 88 eod.

e) L. 17 C. h. t. (6, 30), L. 69 D. h. t. (29, 2). Die ausdrückliche Erklärung, Erbe seyn zu wollen, nennt man aditio hereditatis.

f) L. 90 pr. eod., L. 54 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Dieser Satz steht keineswegs mit der alten Cretion in Zusammenhang, vgl. L. 53 eod.

g) L. 18 pr. §. 2 C. h. t. (6, 30).

h) Vgl. auch L. 1 §. 2 D. de off. procur. caes. (1, 19).

a) Die Ausnahme in Dig. XXIX. 5: de senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur, fällt für das heutige Recht weg.

b) L. 36 §. 2 C. de inoff. test. (3, 28).

3) wenn Substituten[c]), 4) wenn Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer auf Entscheidung des Erben dringen. Hier wird dem Erben eine Deliberationsfrist, spatium deliberandi, verwilligt[d]), nach deren Verstreichung er dort als Ausschlagender, hier als Antretender behandelt wird. Aber auch ohne von diesen Personen gedrängt zu seyn, kann er eine solche Deliberationsfrist auf sein Gesuch (neun Monate vom Richter, ein Jahr vom Regenten) erhalten[e]). Unterläßt er dabey, die Interessenten gegen Unterschlagungen von seiner Seite durch ein Inventarium zu sichern, so verliert er, wenn er antritt, das Recht der quarta Falcidia, und wenn er ausschlägt, werden jene zum iusiurandum in litem gegen ihn gelassen[f]), Nachtheile, die ihn im gleichen Fall, auch abgesehen von einer Deliberationsfrist, treffen, wenn seine Entscheidung sich über drey Monate verzögert[g]).

4. Repudiation des Erbrechts[a]).

§. 499.

Nur wer das Erbrecht erwerben kann, kann es ausschlagen[b]). Namentlich kann nur ein deferirtes Erbrecht repudiirt werden[c]).

---

c) L. 69 D. de adquir. hered. (29, 2). (Gegen die Beschränkung auf Substituten vgl. L. 70 §. 1 D. eod. Leist, Bon. Poss. II S. 461, Sintenis, Civilr. III S. 519, 4 b. R.)

d) Dig. XXVIII. 8. Cod. VI. 30: de iure deliberandi.

e) L. 22 §. 13 C. eod. (Die Beschränkung auf neun Monate und ein Jahr gilt auch, wenn der Erbe von den Interessenten gedrängt wird, umgekehrt tritt das Präjudiz der Antretung bezüglich Ausschlagung der Erbschaft auch dann ein, wenn er, ohne von jenen gedrängt zu sein, um eine Deliberationsfrist bittet. S. Sintenis, Civilr. III S. 523 f. R.) Die einjährige Frist in L. 19 C. eod. ist nicht für die Deliberation, sondern für die Transmission gesetzt (§. 504). Eben so wenig giebt es eine gesetzliche Deliberationsfrist von drey Monaten nach L. 22 §. 1 C. eod. S. Vangerow, Archiv für civ. Pr. XXII. 7 (1839). (Zachariä in Richter's Jahrb. 1846 S. 840. Mühlenbruch, Bd. 41 S. 301 f. Mayer, Erbr. I S. 344. R.)

f) L. 22 §. 14 C. eod.

g) L. 22 §. 1 C. eod. Puchta, krit. Jahrb. 1840 S. 10 ff. (Eben so Sintenis, Civilr. III S. 523, 9. Anders Arndts Lehrb. §. 509 Anm. 5. R.)

a) Cod. VI. 31: de repudianda vel abstinenda hereditate.

b) L. 13—18 D. de adqu. hered. (29, 2).

c) L. 17 §. 1 eod.: Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem, sed si quasi

Wer in zwey von dem Erblasser hinterlassenen Testamenten eingesetzt ist, schlägt durch den Antritt aus dem einen das Erbrecht aus dem andern aus, da er nur aus einem von beiden Erbe seyn kann; aber dieser Consequenz kann das der Repudiation mit der Erwerbung gemeinschaftliche Erforderniß entgegenstehen, wonach nur das Deferirte und als deferirt Gewußte ausgeschlagen werden kann[d]).

B. Erwerb durch necessarii heredes.

§. 500.

Sui des Erblassers werden ipso iure, ohne ihren Willen, Erben[a]), auch postumi sui[b]). Der Testator kann sie durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung zu heredes voluntarii machen[c]), durch das prätorische Recht aber werden sie überhaupt den letzteren gleichgestellt[d]). Nach diesem Recht gelten sie nämlich

---

legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse, si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

d) L. 97 eod.: Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum qui putaret posterius valere, pronunciavit, Clodianum intestatum decessisse (Paul.). Vielleicht erschien Papinian die Ansicht des Paulus nur als Resultat einer allzugroßen Nachgiebigkeit, wie Paulus sie in einem andern einigermaßen ähnlichen Fall zeigt, L. 46 D. de bon. lib. (38, 2), vgl. mit der Entscheidung Papinian's, L. 3 pr. D. si quid in fr. patr. (38, 5).

a) L. 14 D. de suis et legit. (38, 16). Auch wenn sie durch die Einsetzung eines zur Zeit des Todes des Erblassers in ihrer väterlichen Gewalt Befindlichen, durch den sie erwerben, Erben werden, L. 6 §. 5. 6 D. de adqu. hered. (29, 2): Interdum filiifamilias et sine aditione adquirent hereditatem his in quorum sunt potestate. ut puta si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem enim suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. Sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato, necessarium eum non facit, sed iuberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit. Nam per eum quis exsistere necessarius non potest, qui ipse non esset exstaturus.

b) L. 1 §. 8 D. de suis et legit. (36, 16).

c) L. 86 §. 1 D. de hered. instit. (28, 5).

d) Cod. VI. 31: de repudianda vel abstinenda hereditate.

nur als Erben, wenn sie die Erbschaft angenommen, sich immiscirt haben, nicht aber wenn sie sie ablehnen, abstiniren (beneficium abstinendi)[e], was aber voraussetzt, daß sie auch nachher der erbschaftlichen Güter sich völlig enthalten[f]. Da es ein Beneficium ist, so kann die Abstinenz wieder zurückgenommen werden[g].

II. Erwerb der bonorum possessio[a].

§. 501.

Innerhalb der festgesetzten Zeit (einem annus utilis bey Kindern und Eltern des Erblassers, 100 dies utiles bey andern Erben)[b] muß die bonorum possessio edictalis durch eine einfache Erklärung agnoscirt[c], die b. p. decretalis bey dem competenten Richter nach-

---

e) L. 11. 12. 57 pr. 71 §. 4 D. de adquir. hered. (29, 2). Transmission des Beneficiums, L. 7 §. 1 eod. Wirkung der Abstinenz, L. 89 D. de leg. I. (30), L. 17 D. de iniusto test. (28, 3), L. 30 §. 10 D. de fideic. lib. (40, 5), vgl. überhaupt Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XLII S. 355 ff.

f) L. 1. 2 C. h. t. (6, 31). Controverse über die Beweislast bey behaupteter Immixtion, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 392 ff.

g) L. ult. C. eod., L. 8 D. de iure delib. (28, 8). (Eine andere Erklärung der Zurücknahme: weil der Abstinirende nur einem emancipatus gleichstehen wolle, giebt Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VII [1850] S. 85. R.)

a) Dig. XXXVIII. 15: quis ordo in possessionibus servetur. Cod. VI. 9: qui admitti ad b. p. possunt et intra quod tempus. 19: de repudianda bon. possessione.

b) §. 9. 10 I. de bon. poss. (3, 9).

c) L. 9 C. qui admitti (6, 9): Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem, vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur statutis prisco iure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, i. e. prioris gradus properantius exseratur, nihilo minus tamen efficaciam parem quasi suis sit usa curriculis, consequatur (Constantin.). §. 10 I. de bon. poss. (3, 9): In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo si admittentis eam iudicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium. L. 7 §. 3 C. de curat. fur. (5, 70): — cum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege sublata sit, et ab eo introducta observatio quae pro antiqua sufficit petitione — — (Iustinian.).

gesucht werden. Der Delat wird durch Ablauf der Frist ausgeschlossen, bey der b. p. edictalis auch durch Repudiation[d]). Die Erwerbung kann durch Stellvertreter geschehen[e]), ja bey juristischen Personen soll die Agnition überhaupt nicht nothwendig, also die Versäumniß ihnen unschädlich seyn[f]).

III. Erwerb des Erbrechts durch einen Andern als den Delaten[a]).

§. 502.

Es giebt Fälle, wo, gegen die Regel, jemand das Erbrecht erwerben, also Erbe werden kann, dem es nicht deferirt worden ist, indem er in die Stelle des Delaten eintritt. Die Delation wird hier nicht aufgehoben, sondern auf einen andern übertragen, der in die Delation succedirt. Daraus ergiebt sich der Unterschied dieses Ereignisses von der successiven Delation (§. 458), die nach Aufhebung der früheren Delation erfolgt, während hier gerade umgekehrt eine eingetretene Delation erhalten wird. Eben darum, weil diese Succession in die Delation diese, wo sie sonst unterginge, aufrecht erhält, wird dadurch der Substitut, dessen Eintritt das Wegfallen der ersten Delation voraussetzt, ausgeschlossen.

Man bringt die Lehre von dieser Succession in die Delation (oder von den s. g. Transmissionsfällen) gewöhnlich in Zusammenhang mit der Regel, daß ein noch nicht erworbenes Erbrecht nicht auf die Erben transmittirt wird[b]), und betrachtet

d) L. 1 §. 6. 7. 11 D. de succ. ed. (38, 9).

e) L. 3 §. 7 L. 15. 16 D. de bon. poss. (37, 1).

f) L. 3 §. 4 eod.

a) Cod. VI. 52: de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt. Marezoll, zu der Lehre von den s. g. Transmissionsfällen, Zeitschr. für Civilr. II. 3 (1828). Steppes, die Transmission der Erbschaft nach R. R. 1831. Vangerow, von der transm. Iustin., Archiv für civ. Pr. XXIV. 5 (1841), von der transm. Theodos. XXV. 14 (1842). Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XLIII S. 143 ff. (1843).

b) L. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51): — Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur, his nihilominus, quae super his qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.

jene Fälle lediglich als Ausnahme von dieser Regel. Aber der Eintritt der Erben in die Delation, die ihrem Erblasser geschah, ist nicht die ausschließliche Art der Transmission. Um alle Fälle zu begreifen, müssen sie als Ausnahmen von der höher stehenden Regel, daß nur der erwerben kann, dem deferirt worden ist, dargestellt werden, einer Regel, von welcher jene nur eine Ableitung ist.

Der Grund des Eintritts in eine fremde Delation kann ein Rechtsgeschäft, ferner die väterliche Gewalt, sodann Verwandtschaft, endlich Beerbung seyn.

§. 503.

Zu den Fällen, wo die Transmission nicht an die Erben geschieht, gehört vor allem die in iure cessio einer hereditas delata nondum adquisita, die in den vorjustinianischen Rechtsquellen als ein Recht des Intestaterben erwähnt wird, wodurch der, an welchen sie geschieht, die Möglichkeit zu erwerben, und Erbe zu werden, erlangt, wie wenn ihm deferirt worden wäre. Bey der Delation durch Testament fällt dieß weg, weil hier die Delation sich auf den Willen des Erblassers gründet, dieser Wille aber, und folglich die Delation selbst durch die Substituirung eines andern Erben aufgehoben würde, während sie doch bestehen bleiben muß, wenn ein Anderer darein soll succediren können[c]). Im justinianischen Recht wird diese Veräußerung der Delation nicht mehr erwähnt, ohne Zweifel wegen der äußeren Verbindung derselben mit der In jure cessio[c*]). Wenn indessen heutzutage ein Intestaterbe vor der Erwerbung sein Recht auf die Erbschaft an einen Andern veräußert, so würde man dieß entweder als einen nichtigen Act ansehen müssen (wenn man bloß die Veräußerung einer Erbschaft, also einer schon erworbenen, oder von dem Veräußernden selbst zu erwerbenden, für zuläßig hält)[d]), oder man muß es (und dieß ist wohl das richtige)

---

c) Gai. II. 35—37. Ulp. fragm. XIX. 13. 14.

c*) (Vgl. jedoch L. 4 §. 28 D. de doli exc. [44, 4], L. 1 C. de revoc. his [7, 75], in welchen Stellen die Möglichkeit einer Veräußerung der Delation vorausgesetzt wird, die demnach mit der In Jure Cessio nicht so schlechthin, wie v. Scheurl, Beiträge [1852] No. 2, S. 101 annimmt, verschwunden ist. R.)

d) Freilich wäre der Vertrag denkbar, wodurch er sich verpflichtete, die

als eine Veräußerung und Transmission der Delation betrachten, woraus sich dann von selbst die obigen, von den römischen Juristen in dem gleichen Fall angenommenen Folgen ergeben.

Transmission der Delation in Folge der väterlichen Gewalt geschieht in zwey Fällen. Wenn ein Filiusfamilias ein ihm deferirtes Erbrecht ausschlägt, so geht dadurch die Delation nicht unter, sondern wird auf den Vater übertragen, eben so wenn ein handlungsunfähiger oder abwesender Filiusfamilias stirbt, ehe er im Stande war, sich über die Annahme des deferirten Erbrechts zu erklären[e]).

Der dritte Fall einer Transmission, die von der Beerbung des Delaten durch den Eintretenden unabhängig ist, ist die s. g. transmissio Theodosiana. Nach dem früheren, erst durch Justinian abgeschafften Recht[f]) sollte das testamentarische Erbrecht (ausgenommen von einem heres ex asse) nicht vor der Eröffnung des Testaments erworben werden können, daher, wenn der Delat vor dieser Zeit starb, der Uebergang der ihm deferirten Erbschaft auf seine Erben schlechterdings ausgeschlossen seyn. Davon machte Theodosius eine Ausnahme für die von dem Erblasser eingesetzten Descendenten, an deren Stelle, wenn sie vor der Eröffnung des Testaments sterben, die Descendenten derselben treten sollten, wie wenn sie ihnen von dem Testator substituirt wären[g]). Selbst wenn man jenen Satz des älteren Rechts so ausdrückt: die testamentarische Erbfolge sey erst mit der Eröffnung des Testaments *deferirt* worden, Theodosius also habe einen Eintritt in die Stelle derer angeordnet, denen noch nicht einmal

---

Erbschaft selbst anzutreten, und nachher an den Andern herauszugeben, aber jenes nichtige Geschäft ohne weiteres etwa in dieses umzuwandeln, wäre ganz unstatthaft.

e) L. 8 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 18 §. 1 C. de iure delib. (6, 30), §. 433 Note g. §. 496 a. E.

f) L. un. §. 1. 5 C. de cad. toll. (6, 51).

g) L. un. C. de his qui ante apert. tab. (6, 52). Diese Auffassung enthält zugleich den Satz, daß diese Transmission an die Descendenten des Delaten geschieht, auch wenn sie nicht seine Erben geworden sind. S. über diese Streitfrage u. A. Vangerow, Archiv XXV S. 472 ff. (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß IX [1851] 2, welcher vielmehr eine Fiction der Erwerbung annimmt und daher Beerbung des eingesetzten Descendenten fordert. R.)

deferirt gewesen sey, so darf seine Vorschrift doch nicht auf den Fall bezogen werden, wenn die Eingesetzten schon vor dem Tod des Testators verstorben sind[h]). Nach der Aufhebung jenes älteren Rechtssatzes im justinianischen Recht hätte eigentlich das theodosische Gesetz mit seiner Veranlassung wegfallen müssen, es ist aber von Justinian bestätigt worden[i]), und hier sicherlich auch auf den Fall zu beziehen, wenn die Eingesetzten, ohne erworben oder ausgeschlagen zu haben, auch nach der Eröffnung des Testaments gestorben sind. Auf die Intestaterbfolge konnte das theodosische Gesetz seiner ursprünglichen Bedeutung nach keine Anwendung finden; nach der Gestalt, welche dieser Transmissionsfall im justinianischen Recht angenommen hat, läßt sich jene Ausdehnung, die von vielen Juristen behauptet wird, gar wohl rechtfertigen[i*]).

§. 504.

Die Transmission der Delation auf die Erben des Delaten, wenn dieser gestorben ist, ohne sich erklärt zu haben, geschieht in folgenden Fällen:

1) Wenn der Delat innerhalb der von ihm erbetenen Deliberationsfrist, oder, ohne eine solche, innerhalb eines Jahrs, nachdem er von der Delation Kenntniß erhalten hat[k]), stirbt, ohne das deferirte Erbrecht erworben oder ausgeschlagen zu haben, so können es seine Erben innerhalb der von jenen Fristen noch übrigen Zeit erwerben (s. g. transmissio Iustinianea)[l]). Bestritten ist, ob diese Transmission auch stattfinde, wenn der Delat auch ohne Kenntniß von der Delation gestorben ist? In der That war für den Gesetzgeber gar kein Grund vorhanden, die Transmission in diesem Fall auszuschließen, nachdem sie im Fall

h) Die abweichende Meinung haben Hugo, Lehrbuch des heutigen R. R. S. 163, und Löhr, Archiv für civ. Pr. II S. 192 ff. (Derselbe in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. VII [1850] Num. 3; Huschke a. a. O. R.)

i) L. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51).

i*) (Dagegen Huschke a. a. O. R.)

k) Einige Juristen beschränken die Transmission auf diesen letzten Fall und lassen den Umstand, ob eine Deliberationsfrist gebeten ist oder nicht, ganz außer Ansatz, s. Vangerow, Archiv XXIV S. 172 ff. Dieß scheint mit der Art, wie L. un. §. 5 C. de cad. toll. (6, 51) die Sache referirt, nicht übereinzustimmen.

l) L. 19 C. de iure delib. (6, 30).

der Kenntniß festgesetzt worden war, und er hat sie auch keineswegs auf diesen letzteren Fall ausdrücklich beschränkt. Aber allerdings hat er nur diesen Fall, und für den Fall der Nichtkenntniß namentlich nicht die Frage entschieden, von welcher Zeit an die Frist laufe, in welcher die Erben eines ohne Kenntniß von der Delation versterbenden Delaten das demselben deferirte Erbrecht erwerben könnten[m]). Deshalb ist dieser Fall nicht unter die transmissio Iustinianea, sondern unter den folgenden Transmissionsgrund zu bringen, und nach dessen Grundsätzen zu beurtheilen. — Diese Transmission findet nicht Statt, wenn der Testator dem Erben einen Termin der Erklärung, als Bedingung der Einsetzung, gesetzt hat[n]). Stirbt der Erbe innerhalb dieses Termins, ohne angetreten zu haben, so wird dadurch die Bedingung deficient und somit die Delation aufgehoben.

2) Wenn der Delat an der Erwerbung des deferirten Erbrechts durch einen Umstand gehindert wurde, der ihn, wenn er darüber die Erwerbung versäumt hätte, zur in integrum restitutio berechtigt haben würde, so können deshalb seine Erben die Restitution aus seiner Person suchen, und dadurch zum Erwerb des ihrem Erblasser deferirten Erbrechts gelangen, obgleich dieser, da er von der Erwerbung zur Zeit seines Todes noch nicht ausgeschlossen war, nicht selbst in dem Fall war, sie zu suchen, und mithin auch seine Erben sie eigentlich nicht verlangen könnten. Unsere Quellen gestatten dieß (also eine transmissio ex capite in integrum restitutionis) den Erben: a) wenn der Delat durch ein rechtliches Hinderniß[o]),

---

m) In der unglossirten Novelle 158 wird freilich die transmissio Iustinianea auf den Fall, wenn der Delat in der Kindheit (also Handlungsunfähigkeit) verstarb, angewendet, und zugleich das Jahr von dem Tod des Erblassers an gerechnet. Das Letztere enthält eine Abweichung von dem Grundsatz der L. 19 cit., und dieß mag gar wohl berechtigen, auch das Erste, also überhaupt die Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall für Willkür zu erklären. Vgl. gegen diese Ausdehnung der transm. Iust. noch Mühlenbruch, Fortsetzung XLIII S. 219 ff.

n) L. 72 D. de adqu. her. (29, 2). Ein nicht als Bedingung gesetzter Termin hat überall nicht die Wirkung, den Erben auszuschließen, er kann daher auch die Transmission nicht hindern.

o) L. 3 §. 30 L. 4 D. de S. C. Silan. (29, 5), L. 4 §. 3 L. 5 D. de b. p. contra tab. (37, 4), L. 12 D. de Carb. ed. (37, 10), L. 84 D. de adqu. her. (29, 2).

und b) wenn er durch Abwesenheit von dem Erwerb des Erbrechts abgehalten worden ist[p]).

3) Die Notherbfolge wird auf die Descendenten transmittirt, wenn der Berechtigte, ohne über ihre Annahme sich erklärt zu haben, gestorben ist (§. 490 Note o).

Daß dagegen ein suus heres ohne Antritt die Erbschaft auf seine Erben transmittirt, ist eine Folge davon, daß er ipso iure Erbe wird, und tritt denn auch nur so weit ein, als der Erwerb ipso iure geschieht[q]). Es wird also hier nicht ein noch nicht erworbenes Erbrecht deferirt, und man darf daher nicht eine besondere s. g. transmissio ex iure suitatis aufstellen.

Endlich hat man wohl noch folgenden Fall hieher gerechnet: Wenn der Erbe, welchem zwey Erbtheile, der eine unbedingt, der andere bedingt, hinterlassen sind, den ersten erworben, die Existenz der Bedingung für den zweiten aber nicht erlebt hat, so fällt auch dieser zweite an seine Erben, wenn die Bedingung existirt[r]). Der Grund ist, daß die beiden Erbtheile, im Fall der Existenz der Bedingung als ein untrennbares Ganzes betrachtet werden[s]), und in dem ersten daher der zweite schon mit erworben ist. Auf keine Weise kann also hier von einer Succession in die Delation die Rede seyn, so wenig als bey dem Accrescenzrecht (§. 505).

IV. Gegenstand der Erwerbung und Accrescenzrecht[a]).

§. 505.

Der Delat muß das Erbrecht erwerben, wie es ihm deferirt worden ist; er kann auch nicht willkürlich von mehreren Erbtheilen einen ausschlagen; in dem Erwerb des einen liegt auch schon der Erwerb des andern[b]). Der ursprüngliche Gegenstand der

p) L. 30 pr. 86 pr. eod.

q) L. 3 C. de iure delib. (6, 30), L. 1 §. 8 D. de collat. (37, 6).

r) L. 53 pr. D. de adqu. her. (29, 2).

s) L. 2 eod.

a) Cod. VI. 51: de caducis tollendis. VI. 10: quando non petentium partes petentibus adcrescant. Rudorff, über die caducorum vindicatio, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. VI. 6 (1828). Baumeister, das Anwachsungsrecht der Miterben nach R. R. (1829.) M. S. Mayer, das Recht der Anwachsung bey dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bey Legaten und Fideicommissen 1835.

b) L. 1 D. de adqu. her. (29, 2): Qui totam hereditatem adquirere

Erwerbung kann einen Zuwachs erhalten. Wenn von mehreren Miterben einer nicht Erbe wird, ohne daß durch Transmission der Delation, oder durch Substitution ein Anderer an seine Stelle tritt, so accrescirt die vacante Portion den Miterben, wie wenn dem Ausfallenden nicht deferirt worden wäre[c]); der Einfluß einer Conjunction mehrerer Erben auf die Accrescenzberechtigung hängt daher von dem Einfluß dieser Conjunction auf die Erbtheilung ab (§. 474)[d]). Diese Accrescenz geschieht ipso iure, so daß die Berechtigten mit ihrer Portion auch die accrescirende schon erworben haben[e]); eine Modification erleidet dieß, wenn die Portion durch in integrum restitutio, und wenn sie durch Abstinenz

---

potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. L. 2 eod.: Sed et si quis ex pluribus partibus in eiusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. L. 53 pr. eod. Vgl. §. 504 a. E. Ueber den Fall einer mehrfachen Portion durch Substitution s. L. 35 pr. 81 eod., L. 9 D. de suis et leg. (38, 16). (Die Behauptung, daß die Repudiation der Institutionsportion den Verlust des Substitutionsrechts dann nicht nach sich ziehe, wenn nur ein einzelner Miterbe einem bestimmten Andern substituirt ist [v. Vangerow, Leitfaden §. 451 Anm. 3, Sintenis, Civilrecht III §. 174 Note 16] oder wenn sie vor der Delation der Substitution erfolge [Mayer, Erbrecht I §. 35 Note 6], beruht auf einem Mißverständniß der L. 76 §. 1 D. de adqu. her. [29, 3], die nicht von der Repudiation, sondern von der alten Cretion handelt: Leist obs. ad fr. 76 §. 1 D. de acq. her. 1853 p. 11. R.)

c) L. 12 pr. D. de b. p. contra tab. (37, 4), L. 1 §. 12 D. de coniung. cum emanc. (37, 8).

d) L. 59 §. 3 L. 63. 66 D. de hered. inst. (28, 5), L. un. §. 10 C. de cad. toll. (6, 51). Vgl. L. 17 §. 1 D. de hered. inst.: Unde idem tractat: si duos ex undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his qui sine parte fuerunt, repudiaverit, utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat, sed Servius omnibus adcrescere ait. quam sententiam veriorem puto, nam quantum ad ius adcrescendi non sunt coniuncti qui sine parte instituuntur. Quod et Celsus lib. XVI Digestorum probat. Nach dem obigen Princip ist auch die neuerdings mehrfach verhandelte Controverse: ob der bloße verbis coniunctus auf ein vorzügliches Accrescenzrecht Anspruch habe (vgl. z. B. Vangerow, Leitfaden §. 496 Anm. 3), zu entscheiden.

e) L. 53 §. 1 D. de adqu. her. (29, 2): Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, i. e. tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt. L. 9 D. de suis et legit. (38, 16), L. un. §. 10 C. de cad. toll. (6, 51).

vacant wird[f]). Die Portion accrescirt cum suo onere[g]). Diese Accrescenz tritt nothwendig ein: bey der Intestaterbfolge, weil die Existenz der früheren Erben die successive Delation (§. 458), bey der testamentarischen Erbfolge, weil die Existenz testamentarischer die Intestaterben ausschließt. Mit diesem Grund aber fällt sie weg in einem Soldatentestament[h]); hier kann sie daher nur durch den Willen des Testators begründet werden, von dem sie sonst ganz unabhängig ist[i]).

V. Aufhebung der Adquisition.

§. 506.

Die Regel des Civilrechts: semel heres, semper heres ist durch die Möglichkeit einer Befreiung des Erben modificirt worden, der zu Folge, wenn sie eintritt, der Erbe so behandelt wird, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre. Diese Befreiung erhält er 1) durch das beneficium abstinendi (§. 500), 2) durch in integrum restitutio gegen den Antritt der Erbschaft, oder als suus heres gegen die Immixtion, wenn er auf dieses Rechtsmittel Anspruch hat, dessen Wirkung für den Restituirten der Abstinenz analog ist, und daher nicht selten mit diesem Namen belegt wird[a]). Auch die durch Restitution frey gewordene Por-

---

f) L. 61 D. de adqu. her. (29, 2): Si minor annis posteaquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, D. Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. L. 55 eod.: Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, aut ut totam agnoscat, aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei qui convenitur, dentur. Puchta, de accrescente portione eius qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit 1842.

g) L. un. §. 10 C. cit., L. 38 D. de adquir. hered. (29, 2).

h) L. 37 D. de testam. mil. (29, 1), vgl. L. 3 C. eod. (6, 21).

i) Denn wenn man zu sagen pflegt, das Accrescenzrecht der coniuncti beruhe auf dem Willen des Testators, so ist dieß ein unrichtiger Ausdruck. Nicht das Accrescenzrecht selbst beruht darauf, nur zu wessen Gunsten es eintritt, wird dadurch bestimmt, und dieses gilt auch von Nichtconjuncti, denn hätte der Testator sie nicht zu Erben gemacht, so würden sie es nicht haben.

a) Cod. II. 39: si minor ab hereditate se abstineat. L. 57 §. 1 D. de adquir. hered. (29, 2), L. 21 §. 5 D. quod met. c. (4, 2).

tion wird wie eine durch Nichterwerb vacante behandelt in Beziehung auf die Accrescenz, keineswegs aber in Beziehung auf eine Substitution[b]), und eben so wenig hinsichtlich der successiven Delation bey der Intestaterbfolge (§. 458), indem hier vielmehr die Güter vacantia werden[c]). 3) Ipso iure wird der testamentarische Erbe befreit, wenn das Testament rescindirt wird[d]).

Viertes Kapitel.

Inhalt des Erbrechts.

I. Successio per universitatem.

§. 507.

Der Erbe tritt durch den Eintritt in die vermögensrechtliche Persönlichkeit (§. 446) zugleich in die einzelnen Vermögensrechte des Erblassers, soweit sie nicht durch den Tod untergehen. Also in die Rechte an Sachen, eben so in die Obligationen, activ und passiv[a]), nicht aber in den Besitz, soweit er etwas factisches ist[b]), wohl aber in das rein Juristische am Besitz, und so namentlich auch in den Usucapionstitel (§. 156 Note l).

II. Verhältniß des Erben zu den Erbschaftsgläubigern.

A. Von dem Beneficium Inventarii.

§. 508.

Da die Schulden nicht auf den Bestand des Vermögens beschränkt sind, so haftet der Erbe schlechthin und nicht bloß soweit die Erbschaft reicht[a]). Gegen diese Gefahr sichert das justinia-

---

b) Nur in einem nicht mehr anwendbaren Fall tritt der Substitut ein, nämlich wenn die Erbschaft insolvent und ein Sklave mit der Freiheit substituirt ist, L. 7 §. 10 D. de minor. (4, 4).

c) L. 2 D. de succ. ed. (38, 9).

d) L. 21 §. 2 D. de inoff. test. (5, 2).

a) L. 37 D. de adqu. her. (29, 2): Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.

b) L. 23 pr. 30 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2).

a) L. 8 pr. D. de adquir. her. (29, 2). (Singuläres Recht der Sol-

nische Recht[b]) den Erben, indem es ihn von der Haftung über den Bestand der Erbschaft hinaus befreit, wenn er innerhalb dreißig Tagen nach seiner Kenntniß von der Delation die Aufnahme eines förmlichen, speciellen Verzeichnisses der Erbschaft beginnen läßt[c]), für dessen Vollendung (soweit sie von ihm abhängt) eine Frist von weiteren sechzig Tagen (im Nothfall von einem Jahr) gesetzt ist, und dadurch den Gläubigern (die den Manifestationseid von ihm verlangen können) den Bestand der Erbschaft, auf den sie beschränkt seyn sollen, sichert. Die Lage der Gläubiger soll nicht besser, aber auch nicht schlechter werden, als sie gegenüber dem Erblasser war, daher kann weder der Erbe gegen die Gläubiger, noch können diese gegen jenen auf eine Confusion sich berufen, die außerdem eine Folge des Erwerbs des Erbrechts ist.

B. Von der separatio bonorum[a]).

§. 509.

Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können, um eine ihnen nachtheilige Concurrenz der Gläubiger des Erben auszuschließen, die Separation der Erbschaft mit dieser Wirkung nachsuchen[b]), so daß sie den letzteren in ihrer Befriedigung aus der Erbschaft schlechthin vorgehen[c]), wenn sie dagegen auf einen Anspruch gegen den Erben als solchen gänzlich verzichten, sich

---

daten, L. 22 pr. §. 15 C. de iure delib. [6, 30]). Der Erbe ist über den Bestand des erbschaftlichen Vermögens hinaus Schuldner, wie es der Erblasser selbst war. Es ist daher unrichtig, diesen Satz auf eine rechtliche Vermischung beider Vermögen zurückzuführen. Wer dieß thut, müßte behaupten, es könne jemand nicht mehr Schulden haben, als er actives Vermögen hat.

b) L. 22 C. de iure delib., vgl. Nov. 1 c. 2. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XLI S. 355—438.

c) Er kann schon vorher angetreten haben, jedenfalls aber muß er zugleich antreten, um das Beneficium dadurch zu erlangen, welches ihm die Errichtung eines Inventariums nicht schon an sich verschafft, da er auch bey der Deliberationsfrist (die mit dem Beneficium sich nicht verträgt) dazu verpflichtet ist, s. §. 498.

a) Dig. XLII. 6: de separationibus. Cod. VII. 72: de bonis auct. iud. possid. seu venund. et de separationibus bonorum.

b) L. 1 pr. §. 1 L. 6 pr. D. h. t.

c) L. 1 §. 17 L. 3 §. 2 eod.

also lediglich an die Erbschaft halten wollen[d]). Ausgeschlossen ist die Separation 1) in Beziehung auf bona fide von dem Erben veräußerte Gegenstände[e]); 2) nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Antritt[f]), 3) durch eine die Ausscheidung unmöglich machende Vermischung mit den Gütern des Erben, 4) für die Gläubiger, welche sich als Gläubiger des Erben gerirt haben, heredem secuti sunt[g]).

III. Besondere durch die Erwerbung des Erbrechts entstehende Obligationsverhältnisse.

A. Verbindlichkeit zur Erfüllung der letztwilligen Dispositionen.

§. 510.

Die Dispositionen des Erblassers verpflichten den Erben, soweit sie nicht nuda praecepta sind[a]), also soweit dadurch einem Andern eine Forderung gegen den Erben gewährt wird. Zu diesem tritt der Erbe durch die Erwerbung (quasi ex contractu) in eine Obligatio[b]), doch nur soweit die Erbschaft reicht[c]).

B. Obligatio unter Miterben.

1. Aus der Communio[a]).

§. 511.

Unter mehreren Miterben, oder die loco heredum sind[b]), besteht eine Communio, aus welcher jeder die familiae erciscun-

d) L. 1 §. 17 L. 5 eod., vgl. L. 3 §. 1 eod.

e) L. 2 eod.

f) L. 1 §. 13 eod.

g) L. 1 §. 10. 11. 15. 16 eod. Dieß liegt aber nicht in der Anstellung der Klage gegen ihn, L. ult. eod., L. 2 C. h. t. (7, 72).

a) L. 114 §. 14 D. de leg. I. (30), L. 38 §. 4 D. de leg. III. (32). Vgl. jedoch auch §. 63 Note g.

b) L. 5 §. 2 D. de O. et A. (44, 7).

c) L. 1 §. 17. 18 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Um sich auf einen geringeren Bestand der Erbschaft berufen zu können, muß der Erbe ihn durch die Errichtung eines Inventarium verificiren, Nov. 1 c. 2 §. 1. 2.

a) Dig. X. 2. Cod. III. 36: familiae erciscundae. Cod. III. 38: communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam commun dividundo.

b) L. 24 §. 1 L. 40 D. h. t. (10, 2), L. 2 §. 1 eod.

dae actio hat[c]). Sie setzt Anerkennung des Miterbrechts voraus[d]). Sie geht 1) auf Theilung des erbschaftlichen Vermögens, soweit es gemeinschaftlich ist[e]), und nicht gemeinschaftlich bleiben soll[f]), welche entweder durch reelle Theilung der einzelnen Gegen-

---

c) L. 22 §. 4 eod. Daher kommt auf den Besitz nichts an, L. 25 §. 1 eod., L. 1 §. 1 eod.: Quae quidem actio nihilominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet, sed si is qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: si in ea re qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat. Quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio, quo fit ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit. Nisi enim coheres sit, neque adiudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

d) L. 1 §. 1 eod. (Note c), L. 36 eod.: Cum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio, et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt; quaero rei veritate cognita utrum condictio invicem competat an vindicatio, et an aliud in eo qui heres, aliud in eo qui heres non sit, dicendum est? Respondit: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solverit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quodsi neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit qui fuit heres, competere dici potest, non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit. L. 1 §. 2 in f. D. si pars hered. (5, 4). Von dem Fall der Abweisung in Folge der Einrede si praeiudicium hereditati non fiat ist zu verstehen L. 37 D. h. t. (10, 2): Qui familiae erciscundae agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.

e) Vgl. L. 12 §. 2 L. 25 §. 7. 8 L. 45 pr. 54 eod. Nicht daher der Obligationen, L. 2 §. 5 L. 4 pr. 25 §. 1. 9—24 eod., ferner dessen, was der Erblasser schon getheilt hat, L. 25 §. 1 L. 32 D. L. 10. 21 C. eod., endlich dessen, was nicht im Privateigenthum seyn soll, L. 4 §. 1 eod. (Behandlung des Pfandrechts: L. 7 §. 12 comm. div. [10, 3], L. 29 h. t. [§. 205 h], A. C. Wolff, de pignore a creditoris heredibus in fam. herc. iudicium deducto [1843]. R.)

f) Dieß ist der Fall in Beziehung auf Erbbegräbnisse, L. 30 eod., L. 4 C. de relig. (3, 44) und die ganze Erbschaft betreffende Urkunden, L. 4 §. ult. L. 5. 6 D. h. t. (10, 2).

stände oder dem Werth nach erfolgen kann[g]); 2) auf die praestationes personales[h]). Sie kann nur einmal angestellt werden[i]).

2. Collationsverbindlichkeit[a]).

a. Subjecte.

§. 512.

Wenn Kinder des Erblassers bey seinem Leben etwas erworben haben, was außerdem in die Erbschaft fallen würde, so entsteht eine Ungleichheit, wenn sie mit andern Kindern, vor denen sie jenes voraus haben, zur Erbfolge berufen werden. Um diese Ungleichheit (wenigstens wo sie dem Willen des Erblassers nicht gemäß wäre) zu beseitigen, besteht die Verbindlichkeit zur Collation, d. h. der Vermehrung der Erbschaft durch das auf jene Art Erworbene. Verpflichtet sind dazu die Descendenten des Erblassers, welche mit einander zur Intestaterbfolge berufen sind, oder (wenn sie im Testament eingesetzt sind) berufen wären[b]), vorausgesetzt daß sie Erben werden[c]), und daß der Testator die Collation nicht ausdrücklich oder durch Berücksichtigung des zu Conferirenden bey der Bestimmung der Erbtheile stillschweigend ausgeschlossen hat. Auch collationsberechtigt sind nur jene Descendenten, nur zu ihren Gunsten wird die Erbschaft durch das zu Conferirende vermehrt[d]). Pflicht und Recht geht auf die über, welche das Erbrecht jener geltend machen; Personen da-

g) L. 22 §. 2. 3 L. 52 §. 2 L. 55 eod.

h) L. 16 §. 4 L. 25 §. 16 L. 49 eod.

i) L. 20 §. 4 eod.

a) Dig. XXXVII. 6: de collatione. 7: de dotis collatione. Cod. VI. 20: de collationibus. Francke, Grundzüge der Lehre des R. R. von der Collation, in s. civil. Abhandl. (1826) Abh. 4. Fein, das Recht der Collation 1842. Pfordten, in Schneider's krit. Jahrb. 1844 S. 865 ff.

b) L. 17—19 C. h. t., L. ult. C. comm. utriusque iud. (3, 38), Nov. 18 c. 6.

c) Streitfrage: ob gegen die Gefahr, mehr einwerfen zu müssen, als der Erbtheil beträgt, das beneficium inventarii schützt? die von mehreren Juristen gegen die Natur der Sache und den Charakter des Beneficiums wegen der Phrase Justinian's, daß der Beneficialerbe gegen allen Schaden gesichert seyn soll, bejaht wird.

d) L. 19 C. cit.

gegen, die aus eigenem Recht an ihre Stelle treten, sind nur aus ihrer eigenen Person collationsverpflichtet und berechtigt[e]).

b. Gegenstand der Collation.

§. 513.

Die Collationspflicht jener Personen wird dadurch begründet, daß sie etwas erworben haben[a]), was durch diesen Erwerb dem Vermögen des Erblassers und also der Erbschaft entzogen worden, und was entweder nach rechtlicher Vorschrift[b]), oder nach der Anordnung, die der Geber bey der Gabe getroffen hat[c]), Collationsgegenstand ist. Nach dem neueren Recht ist nur, was von dem Erblasser an die Descendenten und zwar durch Liberalität gekommen ist, Gegenstand der Collation, denn nur dieses ist durch den von ihnen gemachten Erwerb der Erbschaft entzogen worden[d]).

---

e) Dieß gilt namentlich auch von den Enkeln von vorverstorbenen Kindern des Erblassers, die Viele mit Unrecht für unbedingt collationspflichtig aus der Person ihrer Eltern, an deren Stelle sie treten, halten.

a) Vorausgesetzt daß sie es nicht ohne ihre Schuld wieder verloren haben, L. 1 §. 23 L. 2 §. 2 D. de coll. (37, 6), L. 6 C. eod. (6, 20), Nov. 97 c. 6. Die Enkel müssen conferiren, was ihr Parens, an dessen Stelle sie treten, hätte conferiren müssen, wenn es von diesem an sie gekommen ist.

b) Die vom Erblasser erhaltene dos und donatio propter nuptias, L. 17 C. h. t. (6, 20). Ebenso, nach einer wohlbegründeten Praxis, überhaupt was den Kindern zur Einrichtung ihrer abgesonderten Wirthschaft von ihm gegeben worden ist. Endlich auch simplices donationes, wenn von andern Kindern jene Ausstattungen conferirt werden, L. 20 §. 1 C. eod.

c) L. 20 §. 1 C. cit. Also eine simplex donatio, d. h. eine solche, welche der Erblasser nicht mit der Intention gegeben hat, daß sie künftig conferirt werde, wird nicht conferirt, L. 20 pr. C. eod.: — omnia quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur —. Eine Anordnung der Collation, die der Erblasser erst in seinem letzten Willen macht, ist wie ein gewöhnliches Onus zu betrachten.

d) Nach altem Recht jeder von dem Emancipatus gemachte Erwerb, den er, wenn er suus geblieben wäre, dem Vater gemacht, und damit also die Erbschaft desselben vermehrt hätte, L. 1 pr. D. eod. (37, 6). Darauf bezieht sich denn auch die Ausnahme zu Gunsten des militärischen Erwerbs, L. 1 §. 15 eod., L. 12 C. eod. (6, 20). Man hat vielfach darüber gestritten, ob und wie weit theils nach dem Recht des justinianischen Codex, theils nach dem Recht der Novellen noch eine Anwendung von der Collation der

c. Art der Collation.

§. 514.

Die Collation geschieht entweder cautione, durch Realcaution, oder re, durch sofortige Einlieferung des zu conferirenden Gegenstandes (oder des die Collationsberechtigten treffenden Theils) entweder in natura oder dem Werth nach[a]).

IV. Schutz des Erbrechts.

A. Hereditatis petitio[a]).

1. Kläger und Beklagter.

§. 515.

Die aus dem Erbrecht entspringende Klage, hereditatis petitio, steht jedem Erben, auch dem, der es nur zum Theil ist[b]), ferner dem prätorischen Erben[c]), dem Universalfideicommissar[d]) zu. Beklagter ist nicht jeder Besitzer erbschaftlicher Sachen oder Rechte, sondern wer pro herede (oder als Universalfideicommissar oder Käufer der Erbschaft)[e]), oder ohne allen Grund, pro possessore (als praedo) besitzt[f]), oder als Besitzer fingirt

---

Emancipirten zulässig sey, gegen die sich die Praxis stets mit Recht erklärt hat; s. z. B. Fein, R. der Collation S. 141 ff.

a) L. 1 §. 9. 11. 12 D. de coll. (37, 6), L. 5 C. eod. (6, 20), L. 1 §. 5 L. 5 §. 1 D. de dotis coll. (37, 7).

a) Dig. V. 3. Cod. III. 31: de hereditatis petitione. Arndts, über das Wesen und den Umfang der H. P., in s. Beiträgen zu versch. Lehren des Civilr. und Civilpr. (1837) I. 1. (Zimmermann, Beitr. zur Lehre von der H. P. Archiv für civ. Praxis XXIX. 6. 15 [1846]. R.)

b) Dig. V. 4: si pars hereditatis petatur.

c) Dig. V. 5: de possessoria hereditatis petitione.

d) Dig. V. 6: de fideicommissaria h. p.

e) L. 9. 13 §. 4. 5. 8 D. de H. P. (5, 3), vgl. noch L. 16 §. 2 eod. Auch der im Namen einer solchen Person, und der als ihr Erbe Besitzende, L. 13 §. 3. 12 eod. (L. 13 §. 11 eod.: Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat, quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.) Auch Erbschaftsschuldner, wenn sie Erben zu seyn behaupten, und darum gleichsam die Forderung gegen sich pro herede besitzen, L. 13 §. 15 L. 14. 42 eod.

f) L. 11 §. 1 L. 12. 13 pr. eod.: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec con-

wird [g]). Wer auf einen singulären Titel besitzt, verletzt etwa das Eigenthum, aber nicht das Erbrecht des Klägers. Aber auch wer von seinem ehemaligen Besitz eines erbschaftlichen Gegenstands noch einen Vortheil hat, kann auf Restitution desselben belangt werden [h]); dieß ist eine praestatio personalis, welche der Erb=

---

tendet se heredem, vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere. et ideo fur et raptor hereditatis petitione tenentur. L. 13 §. 1 eod.: Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emtore titulo haeret, nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Idem in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, utputa uxor vel maritus? et placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur —. L. 11 C. eod. (3, 31).

g) L. 13 §. 2. 13. 14 L. 25 §. 8 D. eod. (5, 3).

h) L. 20 §. 6 eod.: Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, et distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus. De quibus cum forma senatusconsulto sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis: Pridie idus martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus consules verba fecerunt de his quae imperator Caesar, Traiani Parthici filius, Divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei, aut literis vel edicto evocatus esset, censuerunt. L. 25 §. 18 eod.: Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum. L. 28 eod.: Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni, dicendum est. L. 13 §. 4—6 L. 16 §. 1 L. 20 pr. §. 1. 2. 11 L. 22. 25 §. 17 eod. — L. 19 pr. eod.: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quo-

schaftsklage beigelegt ist. Daraus folgt denn auch von selbst, daß die pro herede usucapio nicht gegen die hereditatis petitio schützt[i]).

2. Beweis.

§. 516.

Der Kläger hat, soweit es ihm verneint wird, die Existenz des Erbfalls, also den Tod des Erblassers, ferner daß der geforderte Gegenstand (in dem Sinn, wie es die H. P. voraussetzt §. 515) zur Erbschaft gehöre, endlich daß ihm das Erbrecht deferirt worden[a]), zu beweisen. Der Beweis eines schriftlichen Testaments wird durch die Testamentsurkunde[b]), der eines mündlichen (wenn nicht bey seiner Errichtung eine Beweisurkunde in gehöriger Art aufgesetzt worden ist s. §. 464) durch die eidliche Deposition der sämmtlichen Testamentszeugen[c]) geführt.

---

rum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit. Sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.

i) L. 7 C. de H. P. (3, 31): Hereditatis petitionem quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. L. 4 C. in quib. caus. cessat l. t. pr. (7, 34). Vgl. Gai. II. 57, L. 1 pr. D. quor. bon. (43, 2). L. 3 in f. C. de ed. D. Hadr. toll. (6, 33) ist von der dreißigjährigen Zeit zu verstehen. Bey der Bestreitung dieses seit dem hadrianischen S. C. nothwendigen Satzes hat man gewöhnlich Statthaftigkeit der usuc. pro herede als Eigenthumserwerb mit ihrer Wirkung gegenüber der H. P. vermischt.

a) Die Adquisition wird nur dadurch, daß der Beklagte die Nothwendigkeit ihres Erfolgs innerhalb einer gewissen Zeit nachweist, ein Gegenstand des Beweises für den Kläger.

b) Beweis der Richtigkeit der Unterschriften, Nov. 73 c. 7. Untergang der Testamentsurkunde, L. 1 §. 3 D. de his qu. in test. del. (28, 4), L. 10 §. 2 D. test. qu. aper. (29, 3), L. un. D. si tab. test. exst. (37, 2), L. 1 §. 3 D. de b. p. sec. tab. (37, 11).

c) L. ult. C. de testam. (6, 23), L. ult. C. de fideic. (6, 42). Hier den gewöhnlichen Beweis eintreten zu lassen, würde die Solennität der Er-

3. Gegenstand.

§. 517.

Die Klage geht auf das, was der Beklagte aus der Erbschaft unmittelbar oder mittelbar hat[a]); er soll keinen Gewinn von seinem Besitz behalten, und dieß gilt namentlich auch von den Früchten und Accessionen[b]). Der malae fidei possessor haftet für den durch seine Nachläßigkeit an den von ihm besessenen Sachen entstandenen Schaden[c]), nach der Litiscontestation auch für den Zufall[d]). Dagegen kann der b. f. possessor alle Verwendungen, der m. f. possessor die, wodurch die Sache jetzt noch verbessert ist, in Aufrechnung bringen[e]); ferner was er den Erbschaftsgläubigern bezahlt hat[f]), und was er selbst zu fordern hat, der b. f. possessor schlechthin, der unredliche Besitzer nur insofern diese Selbstzahlung dem Erben vortheilhaft ist[g]).

4. Verwaltung der Erbschaft während des Processes.

§. 518.

Gläubiger und Vermächtnißnehmer sind durch den Streit über das Erbrecht nicht gehindert, ihre Forderungen gegen den Besitzer oder den Kläger geltend zu machen[a]). Auch der Kläger

richtung der Hauptsache nach zwecklos machen. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück, Comment. VII S. 504 ff. XXXV S. 8 ff.

a) S. §. 515 und L. 18 §. 2 L. 19 pr. L. 23 §. 1 L. 25 pr. 40 §. 2 D. de H. P. (5, 3). Die h. p. dessen, der nur zum Theil Erbe ist, geht nur auf diesen Theil dessen, was der Beklagte hat, L. 1 §. 1—3 D. si pars her. (5, 4).

b) Omnes fructus augent hereditatem, L. 20 §. 3. 14 L. 25 §. 11. 15 L. 40 §. 1 D. de H. P. (5, 3). Der m. f. possessor haftet dafür auch abgesehen von seiner Bereicherung, also auch für die fructus percipiendi, L. 20 §. 11 L. 25 §. 5 eod.

c) L. 31 §. 4 eod.

d) L. 31 §. 3 L. 40 pr. eod., vgl. L. 25 §. 5 eod.

e) L. 37—39 eod., vgl. L. 33 in f. D. de cond. indeb. (12, 6), L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3). Wegen anderer Lasten, die der Besitzer als solcher auf sich genommen, L. 20 §. 20 L. 40 §. 3 eod.

f) L. 31 pr. eod., L. 5 L. ult. §. 1 C. eod. (3, 31).

g) L. 4 C. eod., L. 31 §. 1. 2 D. eod. (5, 3), L. ult. D. de neg. gest. (3, 5).

a) L. ult. C. de H. P. (3, 31), L. 3 §. 6 sqq., L. 4 §. 1 D. si cui plus (35, 3).

kann von ihnen belangt werden, denn auch er behauptet Erbe zu seyn, und es ist nicht erst der Besitz der Erbschaft, der ihn jenen Personen verpflichtet. Beide Parteien können erbschaftliche Klagen anstellen, um Verjährung und Ersitzung zu verhindern[b]), der Besitzer kann mit Zustimmung des Richters eine nothwendige Veräußerung vornehmen[c]).

B. Interdictum quorum bonorum[a]).

§. 519.

Dieses Interdict ist eingeführt, um dem bonorum possessor den Besitz der erbschaftlichen Sachen zu verschaffen[b]). Dem Kläger liegt der Beweis des (prätorischen) Erbrechts ob[c]). Im neueren R. R. concurrirt damit die hereditatis petitio possessoria (§. 515 Note c). Im heutigen Recht muß es entweder weggefallen seyn, oder seine Natur muß sich dergestalt verändert haben, daß eine Unterscheidung desselben von der hereditatis petitio möglich wird. Das Letztere ist durch die Praxis geschehen, die es als eine provisorische Hereditatis Petitio behandelt hat,

---

b) L. 49 D. de H. P. (5, 3). (Die Concurrenz der Erbschaftsklage mit den erbschaftlichen Singularklagen, der Erbtheilungsklage wie den Klagen der Gläubiger und Legatare ist sehr befriedigend dargestellt von H. Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. 1852. R.)

c) L. 5 pr. 53 eod.

a) Dig. XLIII. 2. Cod. VIII. 2: quorum bonorum. v. Savigny, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. V. 1 VI. 3. Puchta, Erlanger Jahrb. IX S. 1 ff. Arndts, Beiträge I S. 108 ff. (Leist, Bonorum Possessio I §. 48—60 [1844] II §. 127. 128. 142—145. 156. 192. 193. Vgl. darüber Savigny, vermischte Schriften II [1849] S. 292—330. R.)

b) L. 1 pr. D. h. t.: Ait Praetor: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. L. 2 eod.: Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

c) L. 1 C. eod. (8, 2): Hereditatem eius quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus iudicibus qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

wodurch Jeder, der ein Erbrecht zu bescheinigen vermag, sich den Besitz der Erbschaft bis zur künftigen definitiven Entscheidung über das Erbrecht verschaffen kann[d]).

C. Provisorische Rechtsmittel des römischen Rechts.

§. 520.

Die provisorischen Rechtsmittel, welche schon das römische Recht für die Geltendmachung eines Erbrechts gewährt, bestehen in einer Einweisung in die Erbgüter, ohne daß ein Erbrecht schon vorhanden, oder wenigstens ohne daß es schon bewiesen ist.

Im Fall einer Bestreitung des Erbrechts erhält der angebliche Erbe einen provisorischen Erbschaftsbesitz 1) ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo (6, 33), wenn er in einem äußerlich nicht mangelhaften Testament eingesetzt ist; diese missio in possessionem giebt den Vortheil, bey dem zu erhebenden Erbschaftsstreit Beklagter zu seyn, erstreckt sich aber nur auf die dem Testator zur Zeit seines Todes gehörigen Güter, und wird ausgeschlossen durch den Besitz eines Andern auf einen singulären Titel, durch den Ablauf der Verjährungszeit für die Erbschaftsklage, durch einen von dem Gegner in continenti geführten Beweis seines Erbrechts; 2) ex edicto Carboniano[a]). Wenn einem Unmündigen die Eigenschaft als Kind des Erblassers bestritten wird, und von der Entscheidung dieses Streits das Erbrecht des Unmündigen abhängt[b]), so giebt der Prätor ihm schon jetzt die seinem Erbanspruch angemessene bonorum possessio[c]) durch ein Decret, wenn die vorausgehende causae cognitio ergeben hat, daß der regelmäßig eintretende Aufschub jenes Processes bis zur

d) (Zum Theil tritt diese Behandlung schon nach römischem Recht ein: L. 3 C. h. t. — omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, secunda actione de proprietate non exclusa — R.) Auf eine unrichtige Basis stellt das Rechtsmittel, indem er es mit der missio ex L. ult. C. de ed. D. Hadr. toll. (§. 520) zusammenbringt, Gerau, über prakt. Anwendung der poss. Erbschaftsklagen des R. R., Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XX. 7.

a) Dig. XXXVII. 10. Cod. VI. 17: de Carboniano edicto.

b) L. 1 §. 8 L. 3 pr. D. h. t.

c) L. 3 §. 15. 16 L. 4 eod. Möglicherweise also nicht auf die ganze Erbschaft, L. 5 pr. eod.

Mündigkeit dem Unmündigen in dem vorliegenden Fall nicht unvortheilhaft ist[d]), und nicht etwa schon entscheidende Beweise gegen ihn vorliegen[e]). Stellt er aber nicht fidejussorische Caution wegen Restitution für den Fall seines Unrechts, so wird stets sein Gegner (auch abgesehen von dem Fall, wo dieser selbst nach erwiesener Kindschaft sein Miterbe ist) mit ihm zugleich in den Besitz eingewiesen, und kann sich durch Caution seinerseits die Verwaltung verschaffen, außerdem wird ein curator bonorum bestellt[f]). Der Besitz mit Caution verschafft dem Unmündigen bey dem künftigen Proceß die Stellung des Beklagten[g]), jetzt aber, auch ohne Caution, Alimente aus der Erbschaft, die in keinem Fall wieder erstattet zu werden brauchen[h]).

Im Fall einer sonstigen Ungewißheit des Erben, und zwar 1) wenn derselbe noch nicht geboren ist, erhält die Frau, die mit diesem künftigen Intestat- oder testamentarischen Erben des Erblassers schwanger ist, missio in possessionem ventris nomine[i]), deren Gegenstand die Erbgüter des künftig Geborenen sind[k]), mit dem Recht der Alimente, die sie nur im Fall einer nachgewiesenen mala fides zu ersetzen braucht[l]). Daß der künftig Geborene Descendent des Erblassers sey, ist nur dann erforderlich, wenn entweder die Schwangere der Alimentation aus den Gütern nicht unumgänglich bedarf[m]), oder dem Venter das künftige Erbrecht bestritten wird, in welchem Fall nur wegen dessen, der auf die b. p. ex edicto Carboniano Anspruch haben wird, jene Missio gefordert werden kann[n]). 2) Wenn einem Wahnsinnigen ein Erbrecht deferirt wird[o]), so soll sein Curator

d) L. 3 §. 5 eod., L. 7 §. 1 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

e) L. 3 §. 4. 5 D. h. t. (37, 10).

f) L. 5 pr. §. 1. 2 eod.

g) L. 5 §. 3 L. 6 §. 5 eod.

h) L. 6 §. ult. eod.

i) Dig. XXXVII. 2: de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. XXV. 5: si ventris nom. muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. XXV. 6: si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur.

k) L. 1 §. 1 L. 6. 7 pr. §. 2 L. 10 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

l) L. 1 §. 19. 20. 27. 28 L. 3—5. 9 eod.

m) L. 6 eod.

n) L. 1 §. 14. 15 L. 7 §. 1 eod.

o) Dig. XXXVII. 3: de b. p. furioso infanti muto surdo caeco com-

den Besitz der Güter nachsuchen, die indessen, wenn der Wahnsinnige nicht in die Lage kommt, sich selbst über ihre Annahme entscheiden zu können, bey seinem Tode an die fallen, welche ohne ihn zu dieser Zeit das nächste Recht zur Erbfolge haben, jedoch ohne Ersatz der Alimente, die für den Wahnsinnigen daraus bezogen worden sind[p]).

V. Von der Veräußerung der Erbschaft[a]).

§. 521.

Die Veräußerung der Erbschaft durch den Erben hebt seine Eigenschaft als Erbe nicht auf[b]), und macht den Käufer nicht zum Erben, unter den Contrahenten aber ist das Resultat herzustellen, als wäre nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe, sowohl hinsichtlich des damnum[c]), als hinsichtlich des lucrum; der Käufer kann alles, was an den Erben als solchen kommt, oder durch seinen Dolus oder Culpa lata nicht an ihn gekommen ist, fordern[d]).

---

petente. (Erwerb einer Erbschaft für einen Verschollenen: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. V. [1848] 8. R.)

p) L. ult. §. 3. 7. 8 C. de cur. fur. (5, 70). (Als Berechtigte werden genannt: 1) die Substituten, 2) die Intestaterben, 3) der Fiscus. Streitfrage über die Accrescenz der Miterben in Verbindung mit der Frage: ob der Wahnsinnige die Erbschaft erwerbe? bejaht von Vangerow, Archiv für civ. Pr. XXX. 1 [1847], verneint von Fritz, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge IV. 5, von Löhr, daselbst IV. 7 [1847]. R.)

a) Dig. XVIII. 4: Cod. IV. 39: de hereditate vel actione vendita.

b) L. 2. 6 C. h. t., L. 2 C. de legat. (6, 37), L. 2 §. ult. D. h. t., L. 88 in f. D. de hered. instit. (28, 5). Ausnahme bey dem Verkauf durch den Fiscus, L. 1 C. h. t., L. 41 D. de iure fisci (49, 14).

c) L. 2 §. 9. 10. 18—20 D. h. t. (18, 4).

d) L. 2 pr. §. 3—8 eod., L. 21. 25 eod. Controverse über den Anspruch auf die accrescirende Portion, s. die Aufzählung der verschiedenen Meinungen bey Glück, Comment. XVI S. 341 ff. Die accrescirende Portion ist nicht als nachher hinzugetretenes commodum rei aufzufassen, wie gewöhnlich und auch noch von Jhering, Abhandl. S. 11 ff. geschieht; sie ist nicht eine Accession des Erbtheils, sondern des Erbrechts. Die Frage ist vielmehr: gehört sie zu dem verkauften Gegenstande selbst? und diese Frage wird regelmäßig zu bejahen seyn, weil im Zweifel alles was an den Erben als Erben kommt, als Gegenstand des Erbschaftskaufs zu betrachten ist.

Fünftes Kapitel.

Von den Vermächtnissen[a]).

I. Möglichkeit des Vermächtnisses.

§. 522.

Wer sich einen Erben ernennen kann, kann auch Vermächtnisse geben[b]), wer fähig ist, zu Erben eingesetzt zu werden, kann auch mit einem Vermächtniß bedacht werden[c]). Auch bedingt kann ein Unfähiger nicht honorirt werden[d]). Nicht auf diese Unfähigkeit bezieht sich die regula Catoniana[e]): daß ein Legat, welches unwirksam gewesen wäre, wenn der Testator sogleich nach seiner Errichtung gestorben wäre, nicht gilt, wann er auch gestorben ist[f]). Vermächtnisse, die nicht zur Zeit des Todes des Erblassers erworben werden, also bedingte, fallen nicht unter die Regel[g]), solche, deren Bedingung vor dem Tod des Erb-

a) Inst. II. 20: de legatis. 24: de singulis rebus per fideicommissum relictis. Dig. XXX. XXXI. XXXII.: de legatis et fideicommissis. Cod. VI. 37: de legatis. 42: de fideicommissis. 43: communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen. 2 Bde. 1835. (M. S. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. 1. Abth. 1854. R.)

b) L. 2. 114 pr. D. de leg. I. (30), L. 1 pr. §. 2. 3 D. de leg. III. (32), L. 6 §. 3 D. de iure codic. (29, 7).

c) §. 24 I. de legat. (2, 20). Besonderes Recht des Alimentenvermächtnisses §. 531.

d) L. 59 §. 4 D. de hered. inst. (28, 5).

e) Dig. XXXIV. 7: de regula Catoniana. Harnier, de regula caton. 1820. Guyet, Abhandl. (1829) 5. Müller, Archiv für civ. Pr. XIV. 13 (1831). Arndts, Rhein. Museum V. 9 (1833).

f) L. 1 pr. D. eod.: Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est. Beispiele §. 10. 32 I. de legat. (2, 20), L. 41 §. 2 D. de leg. I. (30), L. 13 C. de legat. (6, 37).

g) L. 3. 4 D. h. t. (34, 7), §. 32 I. cit., L. 41 §. 2 D. cit.

lassers zu erfüllen ist, müssen von der Regel ausgenommen werden[h]).

II. Errichtung der Vermächtnisse.

A. Form[a]).

§. 523.

Vermächtnisse können errichtet werden 1) in Testamenten; 2) in Codicillen. Die Form der Codicille ist die der Testamente, nur daß bey Privatcodicillen fünf Zeugen hinreichen, und bey schriftlichen die signatio wegfällt[b]). Codicilli testamento confirmati bedürfen keine Solennität, vorausgesetzt daß ihr Inhalt durch das Testament selbst beglaubigt wird[c]). Aber auch 3) durch eine ganz formlose Erklärung des Erblassers an den Onerirten kann ein Vermächtniß errichtet werden, wenn der Vermächtnißnehmer, nach vorher geleistetem Calumnieneid, die Existenz desselben von dem Eid des angeblich Onerirten abhängig machen will[d]).

---

h) L. 1 §. 1. 2 D. h. t. (34, 7).

a) Inst. II. 25. Cod. VI. 36: de codicillis. Dig. XXIX. 7: de iure codicillorum. (Ed. Fein, das Recht der Codicille. Erste und zweite Abth. 1851 s. o. §. 9 a Note e. R.)

b) L. 8 §. 3 C. h. t., L. 28 §. 1 C. de testam. (6, 23). Vgl. L. 6 §. 1. 2 D. h. t., §. 3 I. eod.: Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationis desiderant. Danz, über die äußere Form der Codicille, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. IX. 8.

c) Bestritten; für den Ersatz der Solennitaten durch die Bestätigung, I. H. Böhmer, exerc. ad Pand. V. 78. G. L. Böhmer, praef. ad Tom. V. exerc. §. 14 sqq. Dagegen u. A. Roßhirt, Vermächtn. I S. 22 ff.

d) L. ult. C. de fideicomm. (6, 42), §. 12 I. de fideic. hered. (2, 23), vgl. L. 21 pr. D. de leg. III. (32). Ohne hinlänglichen Grund wollen Manche es auf einen mündlichen Auftrag an den gegenwärtigen Onerirten beschränken, also doch wieder eine besondere Form einführen, die eben durch die Stellung auf den Eid entbehrlich gemacht seyn soll. Darum ist denn auch der von Einigen gebrauchte Ausdruck Oralfideicommiß zu beschränkt, und noch weniger enthält der gewöhnlichere: fideicommissum heredi praesenti iniunctum alle Fälle. Auf der anderen Seite ist es ein entschiedener Irrthum, wenn Einige den Beweis der Existenz des Vermächtnisses noch durch andere Beweismittel als den Eid zulassen wollen. Streitfrage: ob der angeblich Onerirte den Eid zurückschieben könne? sie ist aus dem Grunde zu verneinen, weil der Deferent das, was ihm zum Eid gestellt werden könnte, schon in dem Calumnieneid beschworen hat.

B. Inhalt der Vermächtnisse.

1. Personen.

a. Vom Onerirten.

§. 524.

Onerirt mit einem Vermächtnisse kann werden 1) der Erbe oder wer loco heredis ist, und dieser ist es stillschweigend, wenn kein Anderer onerirt ist, mehrere pro rata ihres Erbtheils[a]); mehrere besonders onerirte Erben sind es im Zweifel zu gleichen Theilen[b]), mehrere alternativ genannte sind Correalschuldner[c]); 2) jeder, der aus dem Vermögen des Erblassers etwas als freie Gabe erhält[d]); oder wenigstens 3) durch eine letztwillige Disposition des Erblassers[e]). Der Onerirte ist es nicht weiter als er honorirt ist, sofern sich beides genau abschätzen läßt[f]).

---

a) L. 33 pr. 44 pr. D. de leg. II. (31).

b) L. 54 §. 3 L. 124 D. de leg. I (30). Damit steht in Widerspruch L. 17 D. de duob. reis Paul. lib. VIII. ad Plautium (45, 2): Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum (Vulg.: portionibus in totum) eos legatum debituros aiunt, quia hereditas (in totum Vulg.) eos obligat. idem est cum omnes heredes nominantur. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Vangerow, Leitfaden §. 521 Anm. 3. (Die richtige Lösung hat Dabis, Zeitschr. für Civilr. N. F. I. 9 [1845], dessen Erklärung dahin geht, daß durch die Worte pro hereditariis partibus nicht die Verpflichtung nach der Kopfzahl, sondern nur die Correalobligation verneint wird. — Die neueste Erklärung von Gerstlacher, zur Lehre v. d. Rechtsverh. zwischen mehreren Erben und dem Legatar [1853] S. 40, welche gerade umgekehrt die Annahme einer Correalobligation in der Stelle finden will, unterstellt ihr eine selbst erfundene Disposition [S. 29 Note 31] und verwechselt in totum mit in solidum, während mit Ersterem nur gesagt ist, daß der Ausschluß einzelner Erben von der Belastung den Anspruch des Honorirten auf das ganze Legat eben so ungeschmälert lasse, wie wenn alle Erben onerirt wären. R.)

c) L. 8 §. 1 D. de leg. I. (30), L. 11 §. 23. 24 D. de leg. III. (32).

d) L. 1 §. 6 L. 2. 3 pr. §. 3 eod., L. 77. 94 pr. D. de leg. I. (30). Der Erbe des Erben, L. 5 §. 1 L. 6 pr. D. de leg. III. (32).

e) L. 96 §. 4 D. de leg. I. (30).

f) L. 114 §. 3 L. 122 §. 2 eod., L. 70 §. 1 D. de leg. II. (31), §. 1 I. de sing. reb. per fideic. (2, 24).

b. Vom Honorirten.

§. 525.

Honorirt ist, wem der Erblasser einen Vortheil zuwendet und zuzuwenden beabsichtigt[a]). Diese Zuwendung kann 1) Vermächtniß seyn, wenn der Honorirte etwas aus der Erbschaft oder durch einen Erben, Vermächtnißnehmer ꝛc., nachdem dieser es geworden ist, erhalten soll[b]) (unmittelbar, Legat, von einer Mittelsperson, durch welche es hindurch geht, Fideicommiß s. §. 452)[c]); 2) mortis causa capio, jeder andere Vortheil, den jemand durch den Tod eines Andern, oder durch den Umstand, daß dieser beerbt wird, erhält[d]).

---

a) L. 11 §. 20 D. de leg. III. (32): Plerumque evenit, multorum interesse id quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum. et est haec sententia Marcelli verissima. L. 11 §. 21. 22 eod., L. 49 §. 4—6 L. 69 §. 2 D. de leg. I. (30).

b) Daher das durch einen Modus erhaltene, L. 2 C. de his quae sub modo leg. (6, 45).

c) Sind mehrere interessirt, so hängt, wer als Vermächtnißnehmer zu betrachten ist, von dem Willen des Erblassers ab, L. 60 §. 2 D. de leg. I. (30): Si testator quosdam ex heredibus iusserit aes alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes quorum interest hoc fieri. Nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dari iussit, sed alio quoque, veluti si filiae nomine genero aut sponso dotem dari iusserit. non enim gener aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maxime interest. L. 3 §. 4 D. de lib. leg. (34, 3): Consequenter quaeritur, an et ille socius pro legatario habeatur, cuius nomen in testamento scriptum non est, licet commodum ex testamento ad utrumque pertineat, si socii sint? Et est verum, non solum eum cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset.

d) Conditionis implendae causa, L. 8 D. si quis omissa (29, 4): Si quis sub conditione dandorum decem vel qua alia quae in dando vel in faciendo fuit, heres institutus omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an huic in cuius persona conditio collata est, subveniri debeat? Et magis est, ne subveniatur, neque enim legatarius est. — Mortis causa donatio, L. 9. 18 pr. D. de m. c. don. (39, 6). — Der Begriff einer m. c. capio geht übrigens selbst über den des Honorirens hinaus, L. 12 eod.

Von Prälegaten[a]).

§. 526.

Ein Vermächtniß, das einem von mehreren Erben ohne Bestimmung des Onerirten gegeben wird (praelegatum, praeceptio), erhält er ganz, wenn er nicht Erbe wird[b]), wird er Erbe, nur zu dem Theil, den seine Miterben prästiren müssen[c]). Den Theil, welcher confundirt, hat er als Erbe, nicht als Le-

---

a) Pfeiffer, de praelegatis 1798. Pfordten, de praelegatis 1832. (v. Buchholtz, zur Lehre von den Wechsellegaten. Jahrb. von Sell III. 7. [1844]. Derselbe, die Lehre von den Prälegaten. 1850. R.)

b) L. 17 §. 2 L. 18. 87. 91 §. 2 D. de leg. I. (30). Nicht erhält er, wenn er es nur als Erbe haben sollte, L. 88 eod., L. 27 §. 14 L. 55 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Die Bedingung für die Erbeinsetzung gilt im Zweifel auch für das Prälegat, L. 18 §. 1 D. de cond. instit. (28, 7), L. 77 pr. D. de cond. et dem. (35, 1), nicht aber der Erbtheil als Maßstab für den Antheil am Prälegat, wenn mehreren Erben zusammen ein Prälegat hinterlassen ist (wohl zu unterscheiden von dem Endresultat, das, wenn sie wirklich Erben werden, herauskommt, Note c), L. 67 §. 1 D. de leg. I. (30): Si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent. L. 2 pr. D. de instr. leg. (33, 7): Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

c) L. 34 §. 11. 12 D. de leg. I. (30): Si duobus sit legata, alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit. Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam. L. 116 §. 1 eod.: Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte, extranei autem et ab ipso herede cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt. L. 18 eod. Ebenso, wenn er vor der Erwerbung des Erbrechts stirbt, L. 75 §. 1 D. de leg. II. (31). Der abstinirende Suus wird auch hier wie ein repudiirender Voluntarius behandelt, L. 87—90 D. de leg. I. (Die Anwendung des Princips heredi a semet ipso legari non potest auf die Accrescenz wird bestritten von Claussen, Zeitschrift des schleswig-holstein-lauenb. Advocatenvereins. 1845. I S. 144—210, von Buchholtz, Prälegate. 1850. Kap. 6. 15. 16, Sintenis, Civilr. III §. 210 S. 719 ff., s. dagegen Vangerow, Archiv für civ. Pr. XXXV. 8. [1852]. R.)

gatar[d]). Das Prälegat ist ein Legat, und als solches abgesondert von der Erbportion[e]), doch wird es mit der familiae erciscundae actio geltend gemacht[f]).

Von successiven Vermächtnissen.

§. 527.

Es kann ein Vermächtniß Mehreren so hinterlassen werden, daß Einer nach dem Andern eintreten soll. Dahin gehören die Familienfideicommisse, wodurch dem Onerirten auferlegt wird, das Vermächtniß Einem aus der Familie[a]), der sodann wieder dasselbe Onus haben kann[b]), zu hinterlassen. Ohne nähere Bestimmung hat der Onerirte die Wahl, übt er sie nicht aus, oder veräußert er das Fideicommißgut, so tritt der nächste ein[c]). Ist die Familie die des Testators, so ist nach diesem auch die Nähe des Grades zu bemessen. Durch Einwilligung in die Veräußerung verlieren die Einwilligenden ihr Recht auf das Vermächtniß[d]).

2. Gegenstand des Vermächtnisses.

§. 528.

Im allgemeinen kann alles, was Gegenstand einer Obligatio seyn kann, auch Gegenstand derjenigen seyn, die durch das Vermächtniß dem Onerirten auferlegt wird[a]). Im Zweifel

d) L. 1 §. 6 D. quod leg. (43, 3), L. 18 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Modification bey dem Verlust des Erbtheils wegen Indignität, L. 18 §. 2 D. de his quae ut indign. (34, 9).

e) Vgl. L. 1 C. si certum pet. (4, 2), L. 32 D. de leg. III. (32) Note b a. E.

f) L. 17 §. 2 D. de leg. I. (30).

a) Familie im natürlichen Sinn, L. 69 §. 4 D. de leg. II. (31). In Ermangelung Anderer ist auch der Gatte eines verstorbenen Descendenten des Erblassers darunter begriffen, L. 5 C. de V. S. (6, 38).

b) Ueber die eigenthümliche Bestimmung der Nov. 159, aus der man mit Unrecht den allgemeinen Satz gezogen hat, daß Familienfideicommisse in der vierten Generation erlöschen (Pfeiffer, prakt. Ausführ. III. 2), vgl. Marezoll, Magazin für Rechtswiss. IV S. 203—207.

c) L. 114 §. 15—18 D. de leg. I. (30), L. 67 pr. §. 1—7 L. 69 §. 3 D. de leg. II. (31). Ueber Veräußerungen im Concurs, L. 69 §. 1 eod.

d) L. 120 §. 1 D. de leg. I. (30), L. 77 §. 27 D. de leg. II. (31), L. 11 C. de fideicomm. (6, 42).

a) Eine singuläre Bestimmung polizeilichen Grundes ist, daß das, was

hat der Testator das vermacht, was ihm gehörte[b]) oder dem Onerirten[c]), das Vermächtniß einer fremden Sache gilt nur, wenn der Testator diese ihre Eigenschaft kannte[d]), und vorausgesetzt daß sie überall existirt[e]). Das Vermächtniß einer Sache, die dem Legatar zur Zeit der Errichtung schon gehört[f]), gilt nur, wenn es ein bedingtes ist[g]). Das Vermächtniß einer res cuius commercium non est, oder deren Commercium der Legatar nicht hat, ist ungültig, der Honorirte kann nicht etwa die Aestimation fordern[h]); anders wenn seine Unfähigkeit einen bloß natürlichen Grund hat[i]).

---

mit einem Gebäude verbunden ist, nicht abgesondert soll vermacht werden können, L. 41—43 §. 1 D. de leg. I (30). (Vgl. darüber: Bachofen, ausgewählte Lehren [1848] Num. 7. R.)

b) L. 5 §. 1. 2 eod. Ueber das Vermächtniß einer verpfändeten Sache s. L. 57 eod., §. 5 I. de legat. (2, 20), L. 21 D. de probat. (22, 3), L. 6 C. de fideicomm. (6, 42).

c) L. 67 §. 8 D. de leg. II. (31), L. 13 §. 4 D. de fundo dot. (23, 5).

d) §. 4 I. de leg. (2, 20), L. 67 §. 8 cit., L. 39 §. 7 L. 71 §. 3 D. de leg. I. (30), L. 14 §. 2 D. de leg. III. (32). Ausnahme von diesem Erforderniß, wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Testator dieser Person das Vermächtniß in jedem Fall zugewendet hätte, L. 10 C. de legat. (6, 37), L. 72 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

e) Vgl. L. 39 §. 7 D. de leg. I. (30). Daher liegt in dem Legat einer künftigen Sache (L. 24 pr. eod., L. 17 pr. de leg. III.) eine Bedingung, L. 1 §. 3 D. de cond. et dem. (35, 1).

f) L. 34 §. 7 L. 108 §. 4 D. de leg. I. (30), §. 6 I. de leg. (2, 20).

g) §. 10 I. eod., vgl. §. 522 Note f. g. Ausnahme: L. 39 §. 2 L. 82 §. 1 D. de leg. I. (30).

h) L. 39 §. 8—10 eod., L. 49 §. 2. 3 D. de leg. II. (31): Labeo refert, agrum cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse, quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat. Sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei qui eius commercium habeat, putat heredem obligatum esse, quod verius est, vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in eius aestimationem. Eine in der Natur der Sache liegende Modification enthält L. 40 D. de leg. I. (30): Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.

i) L. 114 §. 5 eod., L. 11 §. 16 D. de leg. III. (32).

Besondere Gegenstände.

a. Genus und Alternativum[a]).

§. 529.

Das Vermächtniß, dessen Gegenstand nur der Gattung, nicht speciell und dem Individuum nach bezeichnet ist, gilt, sofern Sachen dieser Gattung in der Erbschaft sich befinden[b]). Ist die Gattung von der Art, daß sie keine bestimmten Individuen in sich begreift, so ist das Vermächtniß ungültig. Daher ist z. B. das Vermächtniß „eines Hauses“ gültig, wenn Häuser in der Erbschaft sich befinden, hingegen das Vermächtniß „eines Grundstücks“ ist nichtig, weil Grundstück nur durch eine bestimmte Bezeichnung und Begränzung zu einer besonderen Sache wird[c]). Wenn nun der Testator absichtlich die Sache nur der Gattung nach bestimmt hat (legatum generis), so hat er damit stillschweigend dem Legatar die Wahl gegeben[d]). Anders wenn er eine bestimmte Sache im Sinne hatte, und nur die Bezeichnung unvollkommen ist; hier hat der Erbe die Wahl[e]). Jenes stillschweigend verliehene Wahlrecht darf nicht so ausgeübt werden, daß das beste Stück, sondern nur so, daß ein Stück mittleren Werthes gewählt wird[f]), während ein Legatar, dem die Wahl ausdrücklich gegeben ist (legatum optionis s. electionis), darin nicht beschränkt wird[g]). Auch das ausdrücklich gegebene Wahlrecht ist nach neuerem Recht nichts persönliches, sondern an das Recht des Vermächtnisses geknüpft, mit dem es daher auf die Erben über-

---

a) Dig. XXXIII. 5: de optione vel electione legata.

b) L. 71 pr. D. de leg. I. (30). Man beschränkt diese Voraussetzung häufig auf unbewegliche Sachen, wovon die Stelle zunächst handelt (z. B. Roßhirt, von den Verm. II S. 16), aber wenn der Jurist von dem Vermächtniß eines Hauses sagt: quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum, so ist nicht abzusehen, warum das Vermächtniß eines Pferdes, welches in keiner hier in Anschlag kommenden Rücksicht vor jenem etwas voraus hat, nicht derselben Beurtheilung unterliegen soll.

c) L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3).

d) L. 108 §. 2 D. de leg. I. (30), §. 22 I. de leg. (2, 20), L. 2 §. 1 D. h. t. (33, 5).

e) L. 37 §. 1 D. de leg. I. (30). Von dem Fall der Note d ist zu verstehen L. 20 eod.

f) L. 37 pr. eod.

g) L. 2 pr. D. h. t. (33, 5).

geht[h]). Steht Mehreren das Wahlrecht zu, so ist die Wahl erst (unwiderruflich) geschehen, wenn Alle übereinstimmen[i]), kommen sie nicht überein, so bestimmt das Loos den Wähler, der dann den übrigen den Werth des sie treffenden Antheils präſtirt[k]). Dem wahlberechtigten Legatar ist vom Richter auf Antrag der Interessenten (z. B. des Erben, ferner dessen, dem die übrigen Sachen, außer der zu wählenden vermacht sind) ein Termin zur Wahl zu setzen, dessen Verstreichung für ihn den Verlust des Vermächtnisses zur Folge hat[l]). Hat der Testator dem Erben das Wahlrecht gegeben (der nicht die schlechteste Sache wählen darf)[m]), und er verzögert die Leistung, so kann der Legatar klagen, wie wenn nichts über die Wahl verordnet worden wäre, also selbst wählen[n]), und eben so ist es, wenn der Testator einen Dritten als Wähler aufgestellt hat, und dieser entweder gehindert ist, oder vor der Wahl stirbt, oder überhaupt innerhalb eines Jahres nicht gewählt hat[o]). Wird die vom Erben gewählte Sache evincirt, so hat er die Eviction zu präſtiren[p]). Hatte der Legatar gewählt, so war die Sache als eine fremde im Vermächtniß nicht begriffen, die Wahl daher nichtig, und der Legatar wählt von neuem[q]). Wenn die Zahl der der Gattung nach vermachten Sachen nicht ausgedrückt ist, so werden drey verstanden[r]).

Wenn mehrere speciell bezeichnete Sachen alternativ (disjunctiv) vermacht sind, so gelten hinsichtlich der Wahl die Grundsätze vom Legatum Generis[s]). Natürlich ist zur Gültigkeit dieses Legats so wenig, wie bey dem Vermächtniß einer einzelnen speciellen Sache, erforderlich, daß sie erbschaftliche Sachen sind. Da zwar nur eine dieser Sachen vermacht ist, aber auf der andern

h) §. 23 I. de legat. (2, 20).
i) L. 8 §. 2 D. h. t. (33, 5).
k) L. 3 pr. C. comm. de leg. (6, 43), §. 23 I. de leg. (2, 20).
l) L. 8 pr. 13 §. 1 L. 17 D. h. t. (33, 5).
m) L. 110 D. de leg. I. (30).
n) L. 25 §. 17 D. fam. erc. (10, 2).
o) L. 3 §. 1 C. comm. de leg. (6, 43).
p) L. 29 §. 3 D. de leg. III. (32), L. 58 D. de evict. (21, 2).
q) L. 2 §. 2 D. h. t. (33, 5).
r) L. 1 eod.
s) L. 34 §. 14 L. 84 §. 9. 11 D. de leg. I. (30), L. 19. 23 D. de leg. II. (31).

Seite doch wegen der gelassenen Unbestimmtheit eine jede derselben, so kann der Legatar, wenn der Testator ihm die eine bey Lebzeiten geschenkt hätte, die andere aus dem Vermächtniß fordern[t]).

b. Natürliche Mehrheit[a]).

§. 530.

Wenn eine Summe oder Quantität vermacht ist, so hängt dieses Vermächtniß in keiner Rücksicht davon ab, ob und was für Sachen der bezeichneten Art in der Erbschaft sich vorfinden[b]), wenn nicht der Testator ein anderes verordnet und z. B. eine Quantität seines Weins, seines Getreides rc. oder des auf einem gewissen Grundstück gewachsenen Weins rc. vermacht hat[c]). Soweit in jenem Fall die Sorte des vermachten Geldes, Weins u. s. f. nicht bestimmt ist, hat der Onerirte die Wahl, und er kann die schlechteste Sorte wählen, nur nichts verdorbenes[d]). Ist über die Quantität ein Zweifel, so ist die geringere anzunehmen[e]).

Von diesem Vermächtniß einer Summe oder Quantität ist das Vermächtniß einer Sorte solcher Sachen, die wohl auch der Quantität nach bestimmt zu werden pflegen, überhaupt zu unterscheiden, welches sich auf diejenigen beschränkt, die in der Erbschaft sich befinden[f]). Die Entscheidung, was der Legatar in einem solchen Fall (also wenn der Testator ihm z. B. seinen Wein, oder seinen Wein von dieser Sorte vermacht hat) for-

---

t) L. 84 §. 11 D. de leg. I. (30). Vgl. auch §. 221.

a) Dig. XXXIII. 6: de tritico, vino vel oleo legato. 7: de instructo vel instrumento legato. 9: de penu legata. 10: de supellectili legata. XXXIV. 2: de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.

b) L. 3 pr. D. de trit. leg. (33, 6).

c) L. 2 §. 1 L. 5 eod.

d) L. 4 eod. Es ist nicht abzusehen, warum der Ausspruch dieser Stelle, wie Mehrere behaupten, nur von dem Oel gelten sollte; die Stellen, womit man eine Beschränkung des Onerirten in der Wahl darthun will, handeln nicht von unserm Fall.

e) L. 47 D. de leg. II. (31).

f) L. 7 pr. D. de trit. leg. (33, 6).

dern könne, ist, wenn ein Zweifel darüber obwaltet, Sache der Interpretation [g]).

Dasselbe gilt von dem Vermächtniß eines Inbegriffs sonstiger Sachen, sey es daß die von dem Testator unter einer Collectivbezeichnung zusammengefaßten Sachen auch innerlich durch ihre Bestimmung verbunden und Theile eines ideellen Ganzen sind, also daß eine universitas rerum vermacht ist, oder nicht. Dahin gehört das Vermächtniß der Einrichtung (instructus oder instrumentum) eines Hauses, Landguts ꝛc., der Victualien (penus), des Hausgeräths (supellex), des Gold- und Silbergeräths, des Putzgeräths und Schmucks (mundus, ornamenta), der Kleider u. dgl. m., ferner das Vermächtniß eines Waarenlagers, einer Bibliothek ꝛc. Auch hier kommt es hauptsächlich auf die nähere Bestimmung des Gegenstands durch Interpretation an, welche in den hieher einschlagenden Pandektentiteln, so wie in den allgemeinen Titeln de legatis an vielen einzelnen Beispielen gelehrt wird. Solche Sachen können als Anhang einer andern Sache vorkommen, was namentlich bey dem ersten der gegebenen Beispiele der Fall ist Sind sie nun nicht für sich, sondern als Anhang einer andern Sache legirt, z. B. das Haus, das Landgut mit seiner Einrichtung (ebenso der Sklave mit seinem Peculium), so sind sie nicht auch zugleich für sich vermacht, kann daher das vermachte Haus nicht, so kann auch nicht das Hausgeräthe gefordert werden [h]). Anders wenn sie nur im Ausdruck vom Testator mit andern verbunden sind, z. B. das Thier mit seinen Jungen; hier sind die Jungen auch für sich vermacht [i]).

c. Juristisch bestimmte Mehrheit [a]).

§. 531.

Wenn terminweise Einkünfte vermacht werden, so sind dieß so viele Vermächtnisse, als Termine, die Dauer dieser Prästa-

g) Beispiele, L. 1. 2 pr. 3 §. 1 L. 6—16 eod. Auch das in L. 75 D. de leg. III. (32) erwähnte Vermächtniß: ich vermache jemandem meine Münze, gehört dahin.

h) L. 1 §. 1 D. de instr. leg. (33, 7), L. 1. 2 D. de peculio legato (33, 8).

i) L. 3. 4 D. eod.

a) Dig. XXXIII. 1: de annuis legatis et fideicommissis. 8: de peculio legato. XXXIV. 1: de alimentis vel cibariis legatis.

tionen mag bestimmt oder unbestimmt seyn. Bey jährlichen oder monatlichen Renten also (annuum, menstruum legatum) werden die Einkünfte eines jeden Jahrs rc. besonders, und zwar mit dem Anfang des Jahrs erworben, ohne daß mithin der Erwerb oder Nichterwerb des einen Jahrs den der folgenden Jahre einschließt. Das Vermächtniß des ersten Jahres oder Monats ist ein unbedingtes, die der folgenden sind bedingte, d. h. unter der Bedingung gegeben, daß der Legatar die Zeit des Erwerbs derselben erleben, und auch sonst dazu fähig seyn werde. Ganz anders, wenn der Testator eine Summe im Ganzen vermacht, und nur die Auszahlung derselben auf dergleichen Termine ausgesetzt hat; hier ist es Ein Vermächtniß, das mit einemmal erworben wird[b]). Ist das annuum auch den Erben des Legatars hinterlassen, so werden darunter nicht bloß seine unmittelbaren Erben verstanden[c]). Sind die Einkünfte von einer bestimmten Sache vermacht (die bloßen Einkünfte, nicht der Ususfructus), so bestimmt diese Hinzufügung der Sache nur die Größe der Einkünfte, ohne daß der Legatar irgend ein Recht an der Sache selbst erhielte[d]).

Einige Besonderheiten hat das Vermächtniß, wenn die Einkünfte die Bestimmung von Alimenten haben. Alimente nämlich können unfähigen Personen hinterlassen werden[e]). Sind sie bis zur Mündigkeit vermacht, so wird die Mündigkeit hier voller genommen, und die Alimente können bis zum achtzehnten Jahre, wenn sie männlichen, bis zum vierzehnten, wenn sie weiblichen Personen hinterlassen sind, gefordert werden. Dagegen beschränkt sich ein der Zeit nach unbestimmtes Vermächtniß derselben nicht auf die Zeit der Unmündigkeit oder sonstigen Bedürftigkeit, sondern sie hören erst mit dem Tod des Legatars auf[f]). Die Größe der Prästation kann besonders bestimmt seyn, entweder ausdrücklich, und diese Quantität wird dadurch, daß der Testator eine

---

b) L. 4. 11 D. de annuis leg. (33, 1), L. 10—12. 20. 26 D. quando dies leg. (36, 2).

c) L. 65 D. de V. S. (50, 16), L. 22 C. de legat. (6, 37).

d) L. 38 D. de usu et usufr. (33, 2), L. 22. 25 eod.

e) L. 3 pr. D. de his qu. pro non scr. (34, 8), L. 11 D. de alim. leg. (34, 1).

f) L. 14 pr. §. 1 eod.

Sache angewiesen hat, von der die Alimente sollten genommen werden, weder gemindert noch vermehrt[g]), oder durch das, was der Testator derselben Person bey Lebzeiten unter diesem Titel zu geben pflegte, oder was er andern, jener gleichstehenden Personen zu diesem Behuf hinterlassen hat[h]); aber auch schon in dem Begriff Alimente selbst liegt eine hinreichende Bestimmung; der Richter hat nach billigem, dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers folgendem Ermessen, mit Erwägung der Kräfte der Erbschaft, und der persönlichen Verhältnisse des Legatars, namentlich auch der zum Erblasser, die Größe derselben festzusetzen[i]). Dabey ist zu bemerken, daß im Zweifel unter den Alimenten nur die Mittel zur Befriedigung der leiblichen Bedürfnisse (Nahrung, Kleidung, Wohnung), keineswegs aber Erziehungskosten u. dgl. verstanden werden[k]).

Wenn eine Dos vermacht, d. h. durch Vermächtniß bestellt wird (legatum dotis constituendae)[l]), so ist ebenfalls bey unbestimmt gelassener Größe die Festsetzung derselben Gegenstand eines arbitrium boni viri[m]). Wird eine Dos der Frau selbst vermacht, so ist dieß nicht eine Bestellung der Dos (§. 415), sondern es ist entweder das Vermächtniß eines sonstigen Gegenstands, mit der Bestimmung, daß ihn die legataria zu jenem Zweck anwende, oder, was die Regel ist, die Bestellung der Dos an den künftigen Ehemann der Legataria durch den Onerirten ist der Gegenstand des Vermächtnisses[n]). Eine Dosbestellung ist es, wenn einem Mann für eine Frau eine Dos vermacht wird; hier ist zunächst der Mann, aber doch auch die Frau, für die sie schon während der Ehe mit bestimmt ist, und an die sie nach Trennung der Ehe fallen soll, zu dem Vermächtniß berechtigt. Erfolgt die Ehe nicht, so geht das Vermächtniß unter, außer wenn die Ursache bloß an dem Mann liegt, in welchem Fall die Frau

g) L. 12 eod.

h) L. 14 §. 2 L. 22 pr. eod.

i) L. 22 pr. cit.

k) L. 6. 7 eod. Vgl. §. 316 Note k.

l) Wie sonst noch eine Dos Gegenstand eines Vermächtnisses seyn kann, davon s. §. 532.

m) L. 43 D. de leg. III. (32).

n) L. 43 cit., L. 69 §. 2 D. de leg. I. (30), L. 77 §. 9 D. de leg. II. (31).

das Vermächtniß erhält, wie wenn die Ehe geschlossen und getrennt worden wäre. Ist das Legat unbedingt, so kann es auch vor Eingehung der Ehe von dem Mann gegen Caution gefordert werden[o]).

d. Rechte[a]).

§. 532.

Wenn der Erblasser eine ihm zuständige Forderung vermacht (legatum nominis), so erhält der Legatar die Klage darauf als utilis actio, und auch die Accessorien der Forderung sind in dem Legat begriffen[b]). Der Erbe ist zu nichts verpflichtet, als dem Legatar die Geltendmachung der Forderung zu gestatten, ist daher die Forderung nicht vorhanden, so ist das Legat ungültig, und der Legatar kann nicht etwa die Summe, die der Testator als den Betrag der Forderung angegeben hat, von dem Erben fordern[c]). Eben so daher geht das Legat unter, wenn die vermachte Forderung erlischt, es müßte denn nach dem Tod des Erblassers die Forderung so aufgehoben werden, daß der Betrag derselben an den Erben kommt, in welchem Fall dieser darauf belangt werden kann[d]). Letzteres kann auch der Fall seyn, wenn die Forderung bey Lebzeiten des Testators durch Heimzahlung derselben erloschen ist, wenn nämlich seine Intention erweislich die war, daß statt der Forderung die Summe oder die davon angeschaffte Sache dem Legatar gehören sollte, was besonders dann anzunehmen seyn wird, wenn der Schuldner von freien Stücken gezahlt und der Testator die Summe zurückgelegt hat[e]). Ein ganz anderer Fall ist, wenn eine Summe vermacht, und eine Forderung dabey nur zur Anweisung, woher die Summe sollte genommen werden, genannt worden ist; dieß ist kein legatum nominis, und die Gültigkeit des Vermächtnisses daher unabhän-

---

o) L. 71 §. 3 D. de cond. et dem. (35, 1).

a) Dig. XXXIII. 2: de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. 3: de servitute legata. 4: de dote praelegata. XXXIV. 3: de liberatione legata.

b) L. 18 C. de leg. (6, 37), L. 34 pr. D. de leg. III. (32).

c) L. 75 §. 1. 2 D. de leg. I. (30).

d) L. 75 §. 2 L. 82 §. 5 eod., L. 21 D. de lib. leg. (34, 3).

e) L. 11 §. 13 L. 64 D. de leg. III. (32).

gig von dem Bestehen der Forderung[f]). Ist von einer alternativen Forderung, bey welcher der Schuldner die Wahl hat, nur ein gewisser der beiden alternativen Gegenstände, nicht also die Forderung überhaupt vermacht, so kann der Legatar von dem Erben verlangen, daß er die Forderung geltend mache, von der Wahl des Schuldners hängt es dann ab, ob der Legatar etwas erhält oder nicht[g]). Hat der Gläubiger die Wahl, so hat sie auch der Legatar, und ist bey einer solchen Forderung für jeden alternativen Gegenstand ein Legatar ernannt, so erhält der eine die Forderung, der andere die Aestimation seines Gegenstands von dem Erben[h]). Ebenso, wenn Mehreren eine Correalobligation vermacht, und jedem Legatar ein Correalschuldner zugewiesen ist[i]).

Der Erblasser kann einem Schuldner das, was er schuldet, vermachen (liberatio legata)[k]). Der Gläubiger kann der Onerirte selbst seyn, sey es, daß er die Forderung durch die Erbfolge erworben, oder sonst habe[l]), in welchem Fall der Legatar eine exceptio gegen die Forderung erhält; aber auch ein Dritter kann der Gläubiger seyn. Hier hat der Schuldner (aber auch sein Gläubiger, insofern der Testator auch diesen als Honorirten im Sinne hatte, indem es ein Vortheil für ihn ist, noch jemanden außer seinem Schuldner zu haben, der ihm haftet) die Klage aus dem Testament gegen den Onerirten, daß er ihn befreie, welche Klage der Legatar erforderlichen Falls auch hat, wenn der Onerirte selbst der Gläubiger ist, um eine Anerkennung des Vermächtnisses zu erlangen[m]). Schuldet der Legatar nichts, so ist

f) L. 96 pr. D. de leg. I. (30).

g) L. 75 §. 4 eod., L. 50 §. 1 D. de leg. II. (31).

h) L. 76 D. de leg. I. (30). Daß die Stelle wirklich von diesem Fall zu verstehen ist, also der L. 50 §. 1 cit. nicht widerspricht, zeigen die Worte derselben: ut necesse habeat (heres) alteri actionem suam dare, denn hätte der Erbe nicht das Wahlrecht, so könnte keiner von beiden Legatarien die Klage erhalten, da es erst von der Wahl des Schuldners abhinge, ob er Anspruch darauf hätte, vielmehr hätte hier jeder Legatar nur eine Klage gegen den Erben, daß dieser die Klage gegen den Schuldner anstelle, s. L. 75 §. 4 cit.

i) L. 82 §. 5 eod.

k) L. 1 pr. 3 pr. D. de lib. leg. (34, 3).

l) L. 22. 24 eod.

m) L. 3 §. 3. 5 L. 4. 5 pr. §. 1 L. 22 eod., §. 13 I. de leg. (2, 20).

das Legat ungültig, wenn gleich der Testator einen bestimmten Gegenstand (centum quae mihi debet) genannt hat, und der Legatar kann nicht etwa diese Summe fordern, da er nach des Testators Intention nicht etwas erhalten, sondern nur etwas nicht leisten sollte; nicht die Erwähnung der Schuld ist demonstrationis causa geschehen (so daß falsa demonstratio nicht schadete), sondern umgekehrt die Erwähnung des Gegenstands ist die Demonstration[n]).

Der Erblasser kann seinem Gläubiger legiren, was er ihm schuldet (legatum debiti), sofern der Gläubiger für seine Forderung irgend einen Vortheil daraus zieht, daß er sie nunmehr aus dem Testament geltend machen kann[o]). So wie nun durch dieses Legat eine bedingte Forderung in eine unbedingte ex testamento verwandelt werden kann, so hat der Legatar die actio ex testamento, auch wenn er wirklich nichts zu fordern hatte, wofern der Testator den Gegenstand angegeben hat[p]), wie, wenn der Testator einem Dritten mit Angabe des Gegenstands vermacht, was ihm jemand schuldet, jener auf diesen Gegenstand Anspruch hat, wenn gleich die Schuld nicht existirt (weil falsa demonstratio non nocet)[q]). Hat der Gläubiger keinen Vortheil irgend einer Art von dem legatum debiti, so ist dasselbe als solches ungültig; deswegen kann es aber doch ein gültiges Vermächtniß für einen Andern seyn, wie z. B. wenn der Testator einen von mehreren Erben mit der Bezahlung der Schuld onerirt hat, wodurch dem Miterben, der außerdem pro rata hätte mitbezahlen müssen, ein Vermächtniß gegeben ist, vermöge dessen er von dem Onerirten verlangen kann, daß er den Gläubiger ganz befriedige; überhaupt kann das Vermächtniß, das als legatum debiti ungültig ist, als legatum liberationis gültig seyn[r]). Wenn übrigens jemand seinem Gläubiger etwas vermacht, ja

---

n) L. 25 D. de lib. leg. (34, 3). Wegen der sehr ungegründeten Zweifel, die man über den Inhalt dieser Stelle erhoben hat, vgl. Vangerow, Leitfaden §. 555.

o) §. 14 I. de leg. (2, 20), L. 28. 29 D. de leg. I. (30), L. 11. 13. 14 D. de lib. leg. (34, 3).

p) L. 25 eod., L. 88 §. 10 D. de leg. II. (31).

q) L. 75 §. 1 D. de leg. I. (30).

r) L. 7 §. 3 D. de lib. leg. (34, 3), L. 49 §. 6 D. de leg. I. (30).

selbst die ihm verpfändete Sache, so streitet keineswegs die Vermuthung dafür, daß dieses ein legatum debiti sey, der Gläubiger behält also seine Forderung daneben, wofern nicht eine andere Intention des Erblassers erwiesen werden kann[s]). Nur wenn der Vater seiner Tochter die Dos schuldig ist, muß sie sich das von ihm erhaltene Vermächtniß darauf abrechnen lassen[t]).

Ein legatum debiti ist es auch, wenn der Mann der Frau die Dos legirt, die er ihr zurückzugeben schuldig ist (dos praelegata oder relegata), wodurch die Frist, welche der zur Zurückgabe der Dos Verpflichtete genießt, ferner jede Retention der Dos wegfällt, die sonst stattfindet, mit Ausnahme der wegen impensae necessariae, da sie die Dos selbst ipso iure verringern[u]). Wiewohl auch hier, wie bey einem andern legatum debiti, der Gegenstand, der als Dos vermacht ist, gefordert werden kann, auch wenn erweislich keine Dos existirte[v]), so wird doch das Legat aufgehoben, wenn eine Dos existirte, aber von dem Mann schon bey Lebzeiten zurückgegeben worden ist[w]).

Wenn eine persönliche Servitut auf einzelne Termine, einzelne Jahre, Monate ꝛc., oder ein Jahr um das andere ꝛc. vermacht wird, so sind es mehrere Legate, von denen jedes mit Eintritt des Termins besonders erworben wird[x]). Auch kann die persönliche Servitut für den Fall des Verlustes repetirt werden; dieß tritt ein, wenn sie ausdrücklich „auf Lebenszeit" hinterlassen, wodurch für den Fall des Verlustes bey Lebzeiten des Legatars ein neuer Usussfructus ꝛc. vermacht ist[y]). Wenn einem der Usussfructus an einer Sache vermacht wird, die einem Andern schon dem Eigenthum nach vermacht ist, so theilen sich beide in den Usussfructus, da man nicht ohne weiteres

s) L. 85 D. de leg. II. (31), L. 16 C. de legat. (6, 37).

t) L. 22 §. 3 D. sol. matr. (24, 3), L. 84 §. 6 D. de leg. I. (30).

u) §. 15 I. de legat. (2, 20), L. 1 §. 2—4 L. 5 D. de dote praeleg. (33, 4).

v) §. 15 cit., L. 6 §. 1 D. de dote prael. (33, 4).

w) L. 1 §. 5 eod.

x) L. un. pr. D. quando dies ususfr. (7, 3), L. 11. 13 D. de usu et usufr. (33, 2), vgl. L. 8 D. de ann. leg. (33, 1). Anders bey Realservituten, L. 13 cit.

y) L. 3. 5 pr. D. qu. mod. us. (7, 4).

annehmen kann, daß der Testator das Eigenthumsvermächtniß durch jene zweite Verfügung auf die bloße Proprietät reducirt habe[z]). Vgl. dagegen Jhering Jahrb. f. Dogm. Bd 1 S. 33.

3. Nebenbestimmungen bey Vermächtnissen[a]).

§. 533.

Von den Bedingungen gelten die bey der Erbeinsetzung vorgetragenen Grundsätze (§. 475), nur daß bey Vermächtnissen Resolutivbedingungen, und ebenso auch Zeitbestimmungen möglich sind (§. 539). Ein Vermächtnißnehmer sub modo ist Vermächtnißnehmer, daher ein solches Vermächtniß von einem bloßen Auftrag zu unterscheiden[b]); er ist dem Erben zur Caution wegen Erfüllung[c]) und wenn er sich der Erfüllung weigert, zur Rückgabe des dazu zu Verwendenden verpflichtet[d]).

III. Ungültigkeit der Vermächtnisse.

A. Mit dem Rechtsgeschäft, worin sie errichtet sind.

§. 534.

Die Ungültigkeit des Testaments hat der Regel nach auch die Ungültigkeit der darin hinterlassenen Vermächtnisse zur Folge. Die Regel erleidet indessen bedeutende Ausnahmen[a]): 1) bey der Rescission des Testaments wegen Ausschließung von Notherben; 2) bey der Ungültigkeit der Erbeinsetzung wegen eines Irrthums über die Existenz eines Notherben oder des Erben aus einem früheren Testament[b]); 3) wenn das Vermögen an den

---

z) L. 19 D. de usu et usufr. (33, 2).

a) Dig. XXXV. 1: de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. Cod. VI. 14: de falsa causa adiecta legato vel fideicommisso. 45: de his quae sub modo legata vel fideic. relinquuntur. 46: de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus.

b) L. 17 pr. D. de leg. II. (31).

c) L. 19 D. de leg. III. (32), L. 40 §. 5 D. h. t. (35, 1).

d) L. 21 §. 3 D. de annuis leg. (33, 1), L. 17 D. de usu et usufr. (33, 2).

a) Vgl. Francke, Beiträge I S. 136 ff.

b) L. 28 D. de inoff. test. (5, 2), L. ult. D. de hered. instit. (28, 5). Vorausgesetzt daß nicht auch die Vermächtnisse auf diesem Irrthum beruhen.

Fiscus kommt, welcher die Vermächtnisse nicht bloß, wo ein Intestaterbe dazu verpflichtet wäre, zu leisten ist[c]); 4) wenn die Erbeinsetzung dadurch wegfällt, daß der eingesetzte Erbe in fraudem legatariorum die Erwerbung des Erbrechts unterläßt, praetermittit causam testamenti[d]). Die Vermächtnißnehmer haben ihre Klagen gegen den Repudianten, wie ohne die Omission[e]), wenn er entweder einen Preis für die Omission erhalten[f]), oder wenn und soweit er etwas aus der Erbschaft pro herede oder pro possessore besitzt, oder dolo desiit possidere[g]), aber auch gegen einen dritten Besitzer[h]). 5) Die Aufrechthaltung der Vermächtnisse (und unter Umständen auch der Erbeinsetzung in dieser Gestalt) kann der Testator, wenn das Testament nur als solches ungültig ist, als Codicill dagegen gültig wäre, verhüten durch die Anordnung, daß es auf jede mögliche Weise gelten solle, Codicillarclausel[i]), in Folge deren,

---

c) L. 96 §. 1 D. de leg. I. (30), L. 3 D. de his qu. in test. del. (28, 4).

d) Dig. XXIX. 4: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. Cod. VI. 39: si omissa sit causa testamenti. L. 1 §. 6. 8. 13 L. 4 pr. D. h. t. Der Dolus wird ausgeschlossen durch eine iusta causa omittendi, L. 6 §. 3 eod. Der Schutz des Vermächtnisses ist auch auf den Fall erstreckt, wenn ein onerirter Legatar die Repudiation dolose bewirkt, L. 4 §. 2 eod.

e) L. 1 pr. 18. 19 eod. Nur Vermächtnißnehmer haben dieses Recht, vgl. L. 8. 9. 22 pr. eod.

f) L. 2 pr. 4 §. 1 eod.

g) L. 1 §. 9. 11 L. 6 §. 7 L. 13—17. 24 §. 1 L. ult. eod.

h) L. 2 §. 1 L. 4 §. 1 eod.

i) L. 1. 13 §. 1 D. de iure codic. (29, 7), L. 77 §. 23 D. de leg. II (31), L. 41 §. 3 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6). Die Clausel wird nicht stillschweigend verstanden, L. 29 pr. D. qui test. fac. poss. (28, 1), aber die Weise des Ausdrucks ist gleichgültig, er kann auch allgemein gehalten seyn, L. 29 §. 1 eod., L. 88 §. 17 D. de leg. II.: Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. deinde heredes instituit. Quaesitum est intestati eius bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi, secundum ea quae proponerentur, posse. — Die Clausel nützt nichts gegen das Recht der Notherben, L. 36 D. de leg. III. (32), vgl. Mühlenbruch, Forts. von Glück's Comment. XXXVII S. 368 ff. Diesen der Natur der

wenn die Honorirten davon Gebrauch machen[k]), es sodann als Codicill an die Erben, die es ohne dieses Testament sind, behandelt wird.

§. 535.

Codicille werden ungültig durch den Verlust der Fähigkeit zu testiren[l]), Codicille an die testamentarischen Erben, wenn keine solchen existiren[m]), ferner durch Widerruf, nicht aber durch Abfassung eines neuen Codicills allein, wenn es nicht die Absicht war, den früheren aufzuheben[n]).

B. Ungültigkeit der Vermächtnisse für sich.

§. 536.

Von Anfang ist ein Vermächtniß ungültig, wenn die Erfordernisse seiner Errichtung fehlen[a]), doch kann ein ungültiges Vermächtniß, die Fähigkeit des Honorirten vorausgesetzt, durch Anerkennung desselben von Seiten des Onerirten gültig werden[b]).

§. 537.

Ein anfänglich gültiges Vermächtniß kann durch den Erblasser wieder aufgehoben werden[c]). Dieß geschieht dadurch, daß er seine Gesinnung geändert, und dieß auf irgend eine sichere Weise zu erkennen gegeben hat[d]); namentlich muß auch gewiß seyn, wem adimirt worden ist[e]). Mit dem Widerruf kann die

---

Sache entsprechenden Satz haben Viele für das Notherbrecht der Nov. 115 von dem s. g. Nullitätssystem aus bestritten, s. Francke, Notherbrecht §. 33, zuletzt Degener, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVIII. 13.

k) L. 8 C. de codic. (6, 36).

l) L. 7 pr. D. de iure cod. (29, 7).

m) L. 3 §. 2 eod.

n) L. 5 eod., L. 3 C. de codic. (6, 36), §. 1 I. eod. (2, 25).

a) Vgl. §. 522 und §. 472.

b) L. 16 §. 1 C. de testam. (6, 23), L. 2. 23 C. de fideic. (6, 42).

c) Inst. II. 21: de ademtione et translatione legatorum. Dig. XXXIV. 4: de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.

d) L. 27 C. de fideic. (6, 42), L. 3 §. 11 L. 4. 22. 29. 30 §. 2 L. 31 §. 1 D. h. t. Freiwillige Veräußerung des Gegenstands, L. 1 §. 1 D. de instr. leg. (33, 7), L. 18 D. h. t., §. 12. 21 I. de legat. (2, 20), L. 11 §. 13 D. de leg. III. (32).

e) Die consequente Entscheidung giebt Ulpian L. 3 §. 7 D. h. t. (34, 4): Si duobus Titiis separatim legaverit et uni ademerit, nec appareat cui

Errichtung eines neuen Vermächtnisses an die Stelle des aufgehobenen verbunden werden, translatio legati[f]), wobey die negative Wirkung nicht von der positiven abhängt, wenn nicht der Testator selbst die Aufhebung von der Gültigkeit des neuen Vermächtnisses abhängig gemacht hat[g]).

§. 538.

Ohne den Willen des Erblassers werden Vermächtnisse aufgehoben durch das Wegfallen des Honorirten vor der Erwerbung (§. 539), durch das Wegfallen des Onerirten, wobey der leitende Grundsatz der ist, daß nicht die Person, sondern das, was sie erhält, als onerirt betrachtet wird[h]), endlich durch den Unter-

---

ademtum sit, utrique legatum debebitur. quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Sehr streitig ist, wie damit in Einklang zu bringen sey eine andere Stelle desselben Juristen, L. 10 pr. D. de rebus dubiis (34, 5): Si fuerit legatum relictum uni ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit, si simul duo venisse dicantur, nec apparet qui prior venerit, an impedietur legatum? vel ei qui monumentum fecerit, et plures fecerint, vel ei qui maximus natu est, et duo pares aetate sint, sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est? Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem autem in utrumque valere. Vgl. Göschen, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. I. 6. Roßhirt, Vermächtn. I S. 436 ff. Wunderlich, Jahrbücher von Sell I. 8. (Gitzler in Elvers Themis. N. F. I. 2, S. 309—332. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge IV. 9. Num. 7 [1847]. R.)

f) L. 6 pr. D. h. t. (34, 4): Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare iussus est, transfertur ut alius det, aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. L. 6 §. 1. 2 L. 9. 10 eod., L. 33 D. de leg. I. (30). (Eine spätere Vermehrung der Summe ist im Zweifel als Translation nicht als ein zweites Vermächtniß aufzufassen: Schrader, Archiv für civ. Pr. XXXIII. 1 [1850]. R.)

g) L. 7. 8. 20 D. h. t. (34, 4), L. 34 pr. D. de leg. I. (30), vgl. L. 18 D. de leg. III. (32).

h) L. 61 §. 1 D. de leg. II. (31): Iulianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum fideicommissa praestare, portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. sed post rescriptum

gang des Objects[i]); eine Veränderung, die nicht den Untergang der früheren Sache mit sich führt, hebt das Vermächtniß nur auf, wenn darin ein Widerruf desselben liegt[k]).

IV. Erwerb der Vermächtnisse.

A. Zeitpunkt des Erwerbs[a]).

§. 539.

Erwerb des Vermächtnisses ist die Entstehung des Rechts des Vermächtnisses, also der Forderung des Vermächtnißnehmers gegen den Onerirten. Er tritt mit einem gewissen Zeitpunkt ein, dies legati vel fideicommissi cedit, welchen der Honorirte erleben, und an welchem er fähig seyn muß[b]); ein erwor-

Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem. L. 29 §. 1. 2 eod.: Quod alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille exstitisset heres. Si filio heredi pars eius a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum quod iure antiquo capit. [Diese Stelle hat folgenden Sinn: wenn das Legat caduc wird, so behält es der Sohn, der das ius antiquum in caducis hat, wenn gleich der wegfallende Erbe es nicht hätte behalten dürfen, sondern es an die Vindicanten der Caduca hätte präſtiren müssen.] L. 81 eod., L. 1 §. 9 D. de leg. III. (32), L. un. §. 4 C. de cad. toll. (6, 51). Bey onerirten Vermächtnißnehmern, L. 29 pr. D. de leg. II. (31), L. un. §. 3. 9 C. de caduc. toll. und vgl. §. 542.

i) L. 88 §. 1—3 D. de leg. III. (32), L. 22 D. de leg. I. (30). Einen Widerspruch in der Anwendung enthalten L. 88 pr. D. de leg. III. (32): Lana legata vestem quae ex ea facta sit, deberi non placet. L. 44 §. 2 D. de leg. I. (30): Si pocula quis legavit, et massa facta est, vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Iulianus lib. XXXII digestorum scripsit, legatum in omnibus suprascriptis consistere, et deberi quod exstat. Quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem.

k) L. 22. 44 §. 3 L. 65 §. 2 eod., L. 39 D. de leg. II. (31), L. 79 §. 2 D. de leg. III. (32).

a) Dig. XXXVI. 2: quando dies legatorum vel fideic. cedat. Cod. VI. 53: quando dies legati vel fideic. cedit. Dig. VII. 3: quando dies ususfructus legati cedat.

b) L. 213 pr. D. de V. S. (§. 241 Note a), L. 7 pr. D. de leg. III. (32), §. 32 I. de legat. (2, 20), L. 5 §. 7 L. 14 §. 3 D. quando dies leg. (36, 2). Der Erwerb geschieht ohne den Willen des Vermächtnißnehmers, daher ist der Zusatz si volet eine Bedingung, L. 65 §. 1 D. de leg. I. (30).

benes Vermächtniß wird auf die Erben transmittirt[c]). Jener Zeitpunkt ist bey unbedingten Vermächtnissen der Tod des Erblassers[d]), bey bedingten die Existenz der Bedingung[e]). Die Zeit der Geltendmachung, dies legati vel fideicommissi venit, tritt nie vor dem Erwerb des Erbrechts durch den Erben ein, und nie vor dem Eintritt des dies (certus), wenn ein solcher beigefügt ist[f]).

B. Agnition und Repuls.

§. 540.

Der Honorirte kann das Vermächtniß ausschlagen, und insofern giebt es auch eine Annahme desselben, wodurch das Vermächtniß nicht erworben, aber die Repudiation ausgeschlossen wird. Agnition und Repudiation können nicht vor dem Zeitpunkt, wo das Vermächtniß geltend gemacht werden kann, ge-

---

c) L. 5 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Ausnahme bey unvererblichen Rechten, L. 2. 3 eod.

d) L. 5 §. 1 eod., L. un. §. 1 C. de caduc. toll. (6, 51).

e) L. 5 §. 2 L. 21 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Ein dies certus kann zum incertus, also zur Bedingung dadurch werden, daß der Honorirte ihn erleben soll, L. 22 pr. eod.: Si Titio, cum is annorum quattuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est, ad heredem eius legatum non transire, quoniam non solum diem sed et conditionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quattuordecim; qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim non esse non intelligeretur. Nec interest, utrum scribatur: si annorum quattuordecim factus erit, an ita: cum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio, utrobique tamen eadem conditio est. L. 4 pr. eod. So auch, wenn die Zeit auf den Willen des Onerirten gestellt ist, L. 11 §. 6 L. 41 §. 3 D. de leg. III. (32).

f) L. 32 pr. D. de leg. II. (31), L. 21 pr. D. quando dies leg. (36, 2), L. 5 C. eod. (6, 53): Ex his verbis: do lego Aeliae Severinae filiae meae et Secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit, non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo si Aelia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum annum aetatis implesset. Non coeptum enim annum, sed impletum si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, exspectandum esse iuris prudentibus placuit.

schehen[a]), und sie müssen sich auf das ganze Vermächtniß erstrecken, nicht aber auf mehrere derselben Person hinterlassene Vermächtnisse[b]), wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend als untrennbare hinterlassen sind[c]).

C. Von dem Erwerb des vermachten Rechts.

§. 541.

Von dem Recht des Vermächtnisses ist das Recht, welches den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, zu unterscheiden. Ist dieses Recht Eigenthum einer Sache oder ius in re, so erwirbt, da das Vermächtniß selbst eine Eigenthumserwerbsart, Servitutbestellung ꝛc. ist, der Vermächtnißnehmer dieses ihm zugedachte Recht ipso iure, wenn die Sache im Eigenthum des Erblassers oder des Onerirten ist; dieser Erwerb geschieht, vorausgesetzt daß das Vermächtniß nicht abgelehnt wird, in dem Moment wo dies legati vel fideicommissi venit, also regelmäßig des Erbschaftsantritts, wenn nicht durch einen beigefügten dies ein Aufschub angeordnet ist[a]). Das Pfandrecht macht von diesen Grundsätzen weder in Beziehung auf die Möglichkeit seiner directen Entstehung, noch hinsichtlich der Zeit der Entstehung eine Ausnahme[b]). Bey einer vermachten Forderung ist der Vermächtnißnehmer von derselben Zeit an Cessionar. Ein Universalvermächtnißnehmer erwirbt diese Rechte erst mit der Restitution des Vermächtnisses[c]).

---

a) L. 45 §. 1 D. de leg. II. (31).

b) L. 4. 6 pr. 23 eod., L. 58 eod.: Si alicui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam adquirit. L. 38 pr. D. de leg. I. (30): Legatarius pro parte adquirere, pro parte repudiare legatum non potest, heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam adquirat, alter repudiet.

c) L. 5 D. de leg. II. (31).

a) L. 69 pr. 86 §. 2 D. de leg. I. (30), L. 80 D. de leg. II. (31), L. 26 D. de usu et usufr. (33, 2), L. 64 D. de furtis (47, 2), L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43).

b) Bestritten; vgl. Glück, Comment. XVIII S. 188 f. Vangerow, Leitfaden §. 373.

c) L. 63 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

D. Accrescenzrecht[a]).

§. 542.

Wenn ein Vermächtnißnehmer sein Vermächtniß nicht erwirbt, so ist die zunächst liegende Entscheidung über das vacante Vermächtniß, daß es nicht geleistet wird, also bey dem Onerirten bleibt. Dieß kann der Erblasser durch die Ernennung eines Substituten ändern, ja zuweilen muß der Eintritt eines Andern an die Stelle des Wegfallenden als der Wille des Testators präsumirt werden. Dieß ist der Fall, wenn er Mehrere zu einem Vermächtniß verbunden hat (collegatarii), welche sich in dasselbe theilen, so daß durch das Wegfallen eines von ihnen nur ein Theilhaber abgeht, dessen Theilnahme die Antheile der Anderen gemindert hätte; diesen accrescirt der ausfallende Theil, oder vielmehr er decrescirt ihnen nicht[b]). Nach diesem Princip

---

a) Cod. VI. 51: de caducis tollendis. Dig. VII. 2: de usufructu adcrescendo. S. die §. 505 allegirten Schriften und K. A. Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten ꝛc. 1837, vgl. Huschke, krit. Jahrb. 1838 S. 307 ff.

b) L. 80 D. de leg. III. (32): Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. §. 8 I. de legat. (2, 20): Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio et Seio hominem Stichum do lego, disiunctim ita: Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego. sed et si expresserit: eundem hominem Stichum, aeque disiunctim legatum intelligitur. L. 1 pr. 3 pr. D. h. t. (7, 2). Daher das dem Wegfallenden auferlegte Onus nicht prästirt wird, L. un. §. 11 C. h. t. Bey dem Ususfructus kann die Accrescenz eintreten, auch nachdem das Vermächtniß von den Theilhabern erworben ist, L. 1 §. 3 D. h. t., L. 10 eod.: Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit qui litem contestatus est, adversus eum qui se liti obtulit, a possessore consequitur, pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis, ususfructus enim personae adcrescit etsi fuerit amissus. Wegen der verschiedenen Meinungen über diese Stelle s. Glück, Comment. IX S. 287 ff.

haben die bloß im Ausdruck (verbis) Verbundenen, wobey jedem sein besonderer Gegenstand vermacht ist, kein Accrescenzrecht[c]), wenn sie nicht etwa doch in dem ihnen Bestimmten durch die Beifügung eines Dritten, re coniunctus, verkürzt sind[d]). Den mit dem Wegfallenden re et verbis coniuncti ist der Vorzug vor den bloßen re coniuncti eingeräumt, da sie es zunächst sind, die durch seine Theilnahme verkürzt werden würden; weil diese aber durch den Wegfall des Theilhabers, der ihnen gleich von Anfang an zugesellt war, nun doch mehr haben, als sie gleich bey der Errichtung ihres Vermächtnisses hatten, so müssen sie, wenn sie die accrescirende Portion wollen (was in ihre Willkür gestellt ist), das darauf gelegte Onus prästiren[e]).

---

c) Viele bestreiten dieß (s. Mühlenbruch, Lehrb. §. 790 Note 5), theils nach L. un. §. 11 C. h. t. (6, 51), die in der That nichts von einem Accrescenzrecht der bloßen verbis coniuncti enthält, theils nach einer Stelle, die ihrem wahren Sinn nach gar nicht von dem Accrescenzrecht, sondern von der Vindication des Caducum handelt, und die im justinianischen Recht nur allenfalls den Sinn haben kann, daß sie in dem Fall der Note d dem verbis coniunctus einen Vorzug, bis er das ihm ursprünglich Bestimmte hat, einräumt; diese Stelle ist L. 89 D. de leg. III. (32): Re coniuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: Titio et Seio fundum aequis partibus do lego, quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo ceteris qui et re et verbis coniunctus est. Quod si re tantum coniunctus sit, constat, non esse potiorem. Si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est ut et ipse praeferatur. Paulus lib. VI ad legem Iuliam et Papiam.

d) L. 41 pr. D. de leg. II. (31): Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego; si Seius decesserit, pars eius utrique adcrescit, quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum quibus fundus separatim legatus est, adcrescat.

e) L. un. §. 11 C. h. t. (6, 51). Nach dem obigen Princip würde die Accrescenz bey ihnen streng genommen wegfallen, L. 16 pr. 34 §. 9 L. 84 §. 8 D. de leg. I. (30), L. 7 D. de leg. II. (31), L. 38 §. 2 D. de leg. III. (32), wonach es gleich wäre, ob der Testator gesagt hätte: A und B vermache ich das Grundstück, oder A und B vermache ich jedem die Hälfte des Grundstücks, wenn nicht eine andere Intention desselben aus den Umständen sich ergiebt, L. 16 §. 2 D. de leg. I. Nach L. un. §. 11 cit. soll aber die letztere Intention im Zweifel immer angenommen, also ein Gewicht darauf gelegt werden, daß re et verbis coniuncti doch auch re coniuncti sind.

V. Recht des Vermächtnisses[a]).

§. 543.

Aus dem Recht des Vermächtnisses, der Obligatio zwischen dem Onerirten und dem Vermächtnißnehmer, entspringt die actio ex testamento, actio legatorum, auf die Leistung des vermachten Gegenstands[b]), nebst den Accessionen, ohne welche derselbe nicht gebraucht werden kann[c]); die Früchte, soweit sie nicht mit vermacht sind[d]), können erst von der Zeit an, wo der Onerirte in mora ist, gefordert werden[e]). Gesichert ist das Recht des Vermächtnißnehmers durch eine gesetzliche Hypothek (§. 201, 5), und durch die cautio legatorum servandorum causa, zu welcher der Onerirte, wenn das Vermächtniß nicht sofort geleistet wird[f]), bey Vermeidung der missio des Honorirten in die Erbgüter, auch wohl in die eigenen Güter des Onerirten[g]), verpflichtet ist, den Beweis, daß das Vermächtniß hinterlassen sey, vorausgesetzt[h]). Eine Befreiung von der Caution tritt, abgesehen von den allgemein privilegirten Personen (§. 79 Note d) ein 1) durch Erlaß von Seiten des Testators[i]) oder des Honorirten, und dieser ver-

---

a) Dig. XXXVI. 3: ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 4: ut in possessionem legatorum vel fideic. servandorum causa esse liceat. Cod. VI. 43: communia de leg. et fideic. et de in rem missione tollenda. 47: de usuris et fructibus legatorum seu fideic. 54: ut in possessionem leg. vel fideic. servandorum causa mittatur et quando satisdari debeat.

b) L. 11 §. ult. D. de leg. III. (32). Substitution der Aestimation, L. 11 §. 16. 17 L. 14 §. 2 eod., L. 71 §. 3. 4 D. de leg. I. (30). Prästation der Culpa, L. 108 §. 12 L. 110 eod. Evictionsleistung, L. 45 §. 1. 2 eod., L. 10 C. de legat. (6, 37).

c) L. 44 §. ult. D. de leg. I. (30).

d) L. 3 §. 3 D. de usur. (22, 1), L. 43 §. 2 D. de leg. II. (31), L. 21 §. 2 D. de annuis leg. (33, 1), L. 39 §. 1 D. de leg. I. (30).

e) L. 23 eod., L. 3 pr. D. de usur. (22, 1), L. 1. 2. 4 C. de usur. et fruct. legat. (6, 47). Besonderes Recht der legata ad pias causas, Nov. 131 c. 12, §. 19. 26 I. de action. (4, 6).

f) L. 1 pr. 14. 15 D. ut leg. (36, 3).

g) L. 1 §. 2 eod., L. 5 pr. §. 16 sqq. D. ut in poss. leg. (36, 4). S. g. missio Antoniniana.

h) L. 5 §. 2 L. 14 §. 1 D. ut legat. (36, 3), L. 3 pr. §. 1 D. ut in poss. leg. (36, 4).

i) L. 12 D. ut legat. (36, 3), L. 2. 4. 7 C. ut in poss. leg. (6, 54).

zichtet stillschweigend, wenn er seine Klage auf das Vermächtniß anhängig macht, ohne sie zu fordern[k]), 2) bey der liberatio legata[l]), 3) zu Gunsten der Eltern gegenüber den Kindern, und der Geschwister gegen einander, wenn ihnen von den Eltern ein Vermächtniß auf den Fall des Versterbens ohne Descendenz auferlegt ist[m]).

VI. Rechte des Onerirten und des Erben insonderheit.

§. 544.

Der Onerirte hat das Recht, Ersatz wegen Verwendungen zu fordern, durch Einrede und durch Klage[a]), wie denn überhaupt der Legatar, soweit er die commoda der Sache erhält, auch die incommoda zu tragen hat. Gegen den, welcher eine Sache als Vermächtnißnehmer, ehe der Erbe noch Besitzer geworden war, und ohne Erlaubniß des Erben als Erben in Besitz genommen hat, und eben so gegen den als Universal- oder Singularsuccessor eines solchen Besitzers in den Besitz Gekommenen, hat der Erbe das Interdict quod legatorum auf Herausgabe oder das Interesse[b]).

Recht der quarta Falcidia[a]).

1. Von dem Inhalt des Rechts.

§. 545.

Wenn durch die Anordnung von Vermächtnissen[b]) und sonstiger mortis causa capiones[c]) bewirkt ist, daß dem Erben weniger als der vierte Theil der Erbschaft übrig bleibt, so reducirt die lex Falcidia und das sie erweiternde spätere Recht die Größe der Vermächtnisse ꝛc. pro rata bis auf den Betrag,

---

k) L. 46 D. de pact. (2, 14), L. 1 §. 9. 19 D. ut legat. (36, 3).

l) L. 1 §. 2 D. ut in poss. leg. (36, 4).

m) L. 7 D. ut legat. (36, 3), L. 6 pr. §. 1 C. ad S. C. Trebell. (6, 49).

a) L. 58—61 D. de leg. I. (30).

b) Dig. XLIII. 3: quod legatorum. Cod. VIII. 3: quorum legatorum.

a) Inst. II. 22: de lege Falcidia. Dig. XXXV. 2. Cod. VI. 50: ad legem Falcidiam.

b) Auch von Universalfideicommissen (s. g. quarta Trebelliana).

c) L. 5. 12. 18 C. h. t., L. 2 C. de m. c. donat. (8, 57).

welcher dem Erben jenes Viertheil frey läßt[d]). Das Recht dieses Abzugs hat der (testamentarische und Intestat-) Erbe[e]), nicht aber ein Vermächtnißnehmer[f]), auch nicht ein Universalfideicommissar[g]).

2. Berechnung der Quart.

§. 546.

Aus der Vergleichung 1) des Betrags der Erbschaft, welcher nach der Zeit des Todes des Erblassers berechnet wird[a]), und nach dem gemeinen Werth der Gegenstände[b]), mit Abzug der Schulden und was diesen gleichgestellt wird[c]), und 2) des Betrags der Vermächtnisse und mortis causa capiones, soweit sie das, was der Erbe erhält, mindern[d]), und der Erbe ihre Prä-

---

d) L. 1 pr. L. 73 §. 5 L. 80 §. 1 D. h. t. (35, 2).

e) L. 1 §. 2 L. 18 pr. eod.

f) Nur daß sich durch den Abzug, den er erleidet, verhältnißmäßig auch sein Onus mindert, wenn die Intention des Testators nicht eine andere war, L. 32 §. 4 eod., L. 21 §. 1 D. de annuis leg. (33, 1).

g) L. 47 §. 1 D. h. t. (35, 2), L. 22 §. 5 L. 55 §. 2 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), vgl. L. 63 §. 11 eod.

a) L. 30 pr. 56 pr. 73 pr. D. h. t. (35, 2), vgl. L. 9 eod. Eine von dem Erben unterschlagene Sache wird zur Vermehrung seiner Quart nicht in Ansatz gebracht, L. 24 pr. 68 §. 1 eod., vgl. L. 48 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

b) L. 42. 62 §. 1 L. 63 pr. D. h. t. (35, 2). Ueber den Anschlag ungewisser Bestandtheile, L. 1 §. 17 L. 43. 73 §. 1 eod., L. 1 pr. D. si cui plus (35, 3).

c) §. 3 I. h. t. (2, 22), L. 1 §. 19 D. eod. (35, 2), L. ult. §. 9 C. de iure delib. (6, 30). Ueber Forderungen und Schulden des Erben an den Erblasser s. L. 1 §. 18 D. h. t., L. 6 pr. C. eod. (6, 50).

d) L. 1 §. 10 L. 19. 87 pr. D. eod. Daher nicht ungültige, L. 50. 51 eod. Anschlag jährlicher Vermächtnisse, L. 3 §. 2 eod., solcher, deren Betrag von der Lebensdauer abhängt, L. 68 pr. eod.: Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur, ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum annorum viginti octo, ab annis viginti quinque usque ad annos triginta annorum viginti quinque, ab annis triginta usque ad annos triginta quinque annorum viginti duo, ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta annorum viginti, ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit remisso uno anno, ab anno vero quinquage-

station sich nicht selbst zuzieht[e]), — ergiebt sich, ob und wieweit dem Erben die Quart geschmälert ist. Auf diese Quart wird ihm aber angerechnet alles, was er als Erbe aus der Erbschaft zieht[f]), oder was ihm der Erblasser bey Lebzeiten in dieser Ab-

---

simo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem, ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum annorum septem, ab annis sexaginta, cuiuscunque aetatis sit, annorum quinque. eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si reipublicae ususfructus legatur sive simpliciter sive ad ludos tringinta annorum computatio fit. (Ueber den Umfang der Anwendung dieser Berechnungen vgl. Pfeiffer, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 13 [1846]. R.) Ueber die Behandlung der Vermächtnisse, deren Existenz ungewiß ist, s. L. 45 §. 1 L. 73 §. 2 eod., L. 6 D. si cui plus (35, 3).

e) Vgl. L. 1 §. 8 D. h. t. (35, 2).

f) L. 22 pr. eod.: Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. Ex facto, domine, species eiusmodi incidit. Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius, quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et si non possit vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere quo minus Falcidiam patiantur, sed cum is qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversum eum Falcidiae beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. L. 91 eod.: In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit, nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur, pro ea vero parte quam accepit a coherede, extra quartam partem, i. e. quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est, si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in

sicht gegeben hat[g]). Auf die s. g. Trebellianische Quart aber wird ihm alles angerechnet, was er mortis causa erhält, mit Ausnahme der Prälegate[h]).

3. Schutz des Rechts.

§. 547.

Der Erbe macht das Recht der Quart entweder durch exceptio geltend[a]), oder durch Klage: interdictum quod legatorum (§. 544), rei vindicatio[b]), in factum actio[c]), Klage aus der

---

Falcidiae computationem non prodesse, et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur. L. 45 pr. 74. 76 eod., L. 30 §. 7 eod., vgl. L. 3 pr. §. 1 eod. Kindern des Erblassers, die ein Universalfideicommiß zu restituiren haben, werden die Früchte des Besitzes nicht auf ihre Quart angerechnet, L. 6 C. ad S. C. Trebell. (6, 49).

g) L. 56 §. 5 D. h. t. (35, 2).

h) L. 91 eod. (Note f), L. 30 §. 7 L. 93 eod., L. 18 §. 1. 3 L. 22 §. 2 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), L. 24 C. fam. erc. (3, 36), L. 86 D. h. t.: Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat, eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero an Titius ea quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi: Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur. Ob die behauptete Abweichung der Berechnung bey Universalfideicommissen wirklich gegründet sey, ist eine sehr bestrittene Frage, s. z. B. Vangerow, Leitfaden §. 536. Es fehlt dieser Abweichung doch auch nicht an einem inneren Fundament. Gegenüber Singularvermächtnissen kommt der Gegensatz zwischen Erben und Vermächtnißnehmern rein zur Geltung. Der Erbe fordert die Quart seines Erbtheils, nur was er als Erbe zieht, wird eingerechnet. Dem Universalfideicommissar gegenüber, der auch loco heredis ist, schwächt sich der Gegensatz, es wird unangemessen, die Unterscheidung dessen, was der Erbe qua Erbe und was er sonst bezieht, streng festzuhalten.

a) L. 14 §. 1 L. 80 §. 1 D. h. t. (35, 2). Auf Caution, Dig. XXXV. 3: si cui plus quam per L. Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

b) L. 26 pr. D. ad L. Falc. (35, 2).

c) L. 77 §. 2 D. de leg. II. (31), L. 1 §. 11 D. ad L. Falc.

Caution, indebiti condictio, wenn ihre Voraussetzungen existiren[d]), unter Umständen de dolo actio[e]).

4. Wegfall des Rechts.

§. 548.

Der Abzug der Quart fällt überhaupt weg 1) bey dem testamentum militis[a]); 2) wenn der Testator ihn verboten hat, und ein solches Verbot ist stillschweigend in dem enthalten, von den Gegenständen der Vermächtnisse irgend etwas zu veräußern[b]); 3) wenn der Erbe darauf verzichtet[c]), ein solcher allgemeiner Verzicht liegt aber nicht schon in der unverkürzten Entrichtung einiger Vermächtnisse[d]); 4) wenn er die Errichtung eines Inventariums (§. 498) versäumt hat; 5) die s. g. Trebellianische Quart fällt weg, wenn der Erbe gezwungen antritt (s. §. 554)[e]).

§. 549.

Der Abzug der Falcidischen Quart kann für einzelne Vermächtnisse wegfallen. Einige Vermächtnisse sind von dem Abzug befreit durch Rechtsvorschrift, nämlich das Vermächtniß des Pflichttheils[f]), das Vermächtniß ad pias causas[g]), das Vermächtniß des Wirthschaftsinventariums eines Grundstücks an den, welcher schon Eigenthümer des Grundstücks ist[h]). Ferner können einzelne

d) L. 9 C. eod. (6, 50).

e) L. 23 D. de dolo m. (4, 3).

a) L. 17. 96 D. ad L. Falc. (35, 2), L. 7 C. eod. (6, 50).

b) Nov. 1 c. 2 Nov. 119 c. 11. Vgl. L. 56 §. 5 D. ad L. Falc. (35, 2).

c) L. 46. 71 eod., L. ult. C. eod. (6, 50).

d) L. 15 §. 2 L. 16 pr. D. eod. Viele glauben, Justinian habe Nov. 1 c. 3 den unvernünftigen Satz eingeführt, der Erbe, der auch nur Ein Vermächtniß unverkürzt auszahle, verzichte dadurch auf den Abzug von allen andern. Der wahre Inhalt des Gesetzes wird im folgenden Paragraph (Note k) gegeben werden. (Vgl. jedoch hiergegen Sintenis Civilr. §. 215 Note 48. R.)

e) L. 14 §. 4 L. 55 §. 2 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

f) S. §. 489 Note b. L. 87 §. 4 D. de leg. II. (31).

g) Nov. 131 c. 12.

h) L. 15 C. ad L. Falc. (6, 50). (Die Stelle spricht gar nicht vom Wirthschaftsinventarium [instrumentum fundi], sondern von dem urkundlichen Besitztitel eines Grundstückes [instrumenta praediorum] und enthält daher keine Ausnahme. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 322 Not. 347. R.)

Vermächtnisse durch das Gebot des Testators, sie ohne Abzug auszuzahlen, befreit seyn, endlich dadurch, daß der Erbe bey ihnen auf den Abzug verzichtet (auch stillschweigend durch unverkürzte Auszahlung), oder daß er in Beziehung auf sie das Recht verwirkt hat; dieß ist der Fall, wenn er den Honorirten um das Vermächtniß zu bringen versucht hat[i]).

Diese Befreiung einzelner Vermächtnisse kann in Beziehung auf den Abzug der Quart von den übrigen eine zweifache Folge haben. Sie kann 1) dem Erben zum Nachtheil gereichen, indem ihm von den nichtbefreiten kein größerer Abzug gestattet wird; dieß ist der Fall, wenn die Befreiung in einer Handlung des Erben selbst ihren Grund hat[k]), und ganz dasselbe Resultat hat die Befreiung durch Rechtsvorschrift, indem ein solches Vermächtniß wie aes alienum zu behandeln, also die Quart des Erben erst von dem übrigen Vermögen nach Abzug jener Vermächtnisse zu berechnen ist. Dasselbe endlich gilt von den durch Vorschrift des Testators befreiten, wofern seine Absicht nicht dahin ging, daß 2) der Nachtheil der Befreiung die übrigen Vermächtnißnehmer treffen, also die Quart des Erben doch von dem ganzen Vermögen, ohne Abzug der befreiten Vermächtnisse, berechnet werden soll[l]).

— Andere Ausnahmen, die man genannt hat, sind keine Ausnahmen, z. B. legatum debiti, L. 81 §. 1. 2 D. eod. (35, 2), vgl. L. 1 §. 10 eod., L. 1 §. 12 D. de dote prael. (33, 4).

i) L. 59 pr. D. ad L. Falc. (35, 2). Nicht dahin aber gehört der Fall der dolosen Repudiation (§. 534).

k) Dieß ist der wahre Inhalt der Nov. 1 c. 3, vgl. §. 548 Note d.

l) L. 88 pr. §. 1. 2 D. ad L. Falc. (35, 2): Qui quadringenta habebat, trecenta legavit, deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac conditione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset. Quaeritur, quid iuris est? Dixi τῶν ἀπόρων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur. Etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur, namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit, ideoque deficiente conditione non debebitur. rursus si, quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit. porro, si legi locus non sit, existente conditione legatum tibi debebitur. Cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere debeamus tui legati conditionem defecisse. (§. 1) Quid ergo dicemus si ducenta legavit et tibi similiter sub eadem conditione

5. Besondere Fälle.

a. Abzug der Quart bey mehreren Erben[a]).

§. 550.

Jeder Erbe hat Anspruch auf die Quart seines Erbtheils[b]); mehrere Portionen, die jemand durch Institution oder Vulgarsubstitution erhält, werden zusammengerechnet und als Eine behandelt[c]), was ein Erbe als Pupillarsubstitut erhält, kommt sei-

---

ducenta legata esse proponantur? nam aut exstitisse aut defecisse legati tui conditionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur, rursus partem deberi, rationi non congruit, quando necesse est, totius legati conditionem vel exstitisse vel defecisse. Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit. (§. 2) Quare cum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: Si quo amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato quod Titio dedi, heres meus damnas esto dare. L. 64 eod.: Si in testamento ita scriptum sit: Heres meus Lucio Titio decem dare damnas esto, et quanto minus per legem Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas esto, sententiae testatoris standum est. (Vgl. hiergegen Arndts Lehrb. §. 567 Anm. 1. R.)

a) Pfordten, Abhandlungen (1840) 1. (Insbesondere bei der Pupillarsubstitution: Hofmann, in den Jahrb. von Sell I [1841] Num. 9. Huschke, die Prästation der Legate in Doppeltestamenten, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge VI [1849] Num. 11. VII. [1850] Num. 2. 6. Hermann, das. VIII. [1851] 14. Vangerow, Archiv für civ. Praxis XXXVI. [10. 12] XXXVII. 13. [1853. 1854]. H. Pernice comment. iur. rom. [1855] p. 1—124. R.)

b) §. 1 I. de L. Falc. (2, 22): — in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est. L. 77 D. ad L. Falc. (35, 2).

c) L. 1 §. 13. 14 D. eod.: Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis, is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi heres erit. Si coheredis mei portio exhausta sit mea integra, et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra, in qua specie et Iulianus Proculo adsensit, quam sententiam probabiliorem esse puto. Sed et D. Antoninus iudicasse dicitur, commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae (Paul.). L. 11 §. 7 eod.: Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat, et quale est quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam. Dixi quantum ad legata quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse

nen Legatarien zu Gute[d]), den Legatarien des Pupillen, was der Substitut durch eine zweite Pupillarsubstitution[e]), nicht aber was er als Institutus erhält[f]). Vermächtnisse, die dem Pupillarsubstituten auferlegt sind, hat er von dem, was er aus dem väterlichen und nichtväterlichen Vermögen des Pupillen erhält, zu bestreiten[g]). Kommen endlich an einen Erben mehrere Portionen durch Accrescenzrecht, so werden sie aus einander gehalten, nur daß den eigenen Legatarien des Erben das, was er aus der accrescirenden Portion bezieht, zu Gute kommt[h]).

---

separationem, cum communi calculo subiiciantur et invicem inducant contributionem. sed legata quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus, et aliam causam esse eius qui ex variis portionibus heres scriberetur, ibi enim legatorum confundi rationem non minus quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione quae conficeretur ex pluribus, neque referre pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus (Papinian.). L. 87 §. 3. 4 eod.

d) L. 87 §. 5 D. eod.

e) L. 14 §. 2 eod.

f) L. 11 §. 7 eod. (Note c), L. 87 §. 4 eod.

g) L. 11 §. 5 eod.: Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum (Die Worte quadrante nimirum sind ein Glossem, aber ein sehr altes, Cyrillus hat sie noch nicht, dagegen schon die Basiliken V, p. 97 Heimb. R.) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo. Nec ad rem pertinet quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, cum in hac parte iuris legata quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur (Papin.). L. 11 §. 6 eod. Vgl. L. 79 eod.: In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis, quam ea quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset. Wegen der verschiedenen Erklärungen dieser Stellen vgl. Pfordten a. a. O. S. 31 ff. (Huschke a. a. O. Bd. VI S. 395 ff. 404 ff. Vangerow a. a. O. S. 235 ff. 240 ff. R.)

h) L. 78 eod. Vgl. L. 1 §. 14 eod. (Note c).

b. Bey Pflichttheilsberechtigten.

§. 551.

So wenig der Erbe neben seinem Erbtheil auch noch den Pflichttheil, eben so wenig kann er neben dem Pflichttheil noch die Quart fordern. Von Alters her waren indessen viele Juristen der entgegengesetzten Meinung, und diese, welche also einen doppelten Abzug statuirt[a]), ist in dem canonischen Recht[b]) bestätigt worden.

VII. Geichstellung der mortis causa donationes mit den Vermächtnissen[a]).

§. 552.

Die mortis causa donationes sind den Vermächtnissen gleichgestellt in Beziehung auf die Form der Errichtung[b]), soweit diese Form auf einen Vertrag angewendet werden kann; eben so ist ihre materielle Gleichstellung im justinianischen Recht als Regel ausgesprochen[c]) mit Anwendung derselben auf die Capacität des Donatarius[d]), auf sein Verhältniß gegenüber den Gläubigern[e]), gegenüber von Notherben[f]), gegenüber den zur Falcidischen Quart berechtigten Erben[g]), auf eine beigefügte conditio iurisiurandi

---

a) Wogegen aber der Vorzug der L. 6 C. ad S. C. Trebell. (vgl. §. 546 Note f) wegfallen muß.

b) cap. 16 (Raynutius), cap. 18 (Raynaldus) X. de testam. (3, 26), wo nach jener Ansicht der Abzug bey Universalfideicommissen, welche Kindern auferlegt sind, entschieden wird. Streitfragen: ob dieses Recht auch gegenüber von Singularvermächtnissen, und ob es auch andern Notherben, außer den Kindern zukomme?

a) S. die §. 72 Note a angeführten Schriften.

b) L. ult. C. de m. c. don. (8, 57). Streitfrage: ob die Codicillarform für alle oder bloß für Schenkungen über 500 solidi vorgeschrieben sey, also nur die Insinuation vertreten solle?

c) L. ult. C. de m. c. don. (8, 57), L. 37 pr. D. eod. (39, 6): Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas. quodcunque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.

d) L. 9. 22. 35 pr. eod.

e) L. 17 eod.

f) L. 3 pr. 5 §. 7 L. 20 pr. D. de leg. praest. (37, 5), L. 1 §. 1 D. si quid in fraud. patr. (38, 5).

g) L. 5 C. ad L. Falc. (6, 50), L. 2 C. de m. c. don. (8, 57).

(§. 60 Note n)[h]), auf Vergleiche über m. c. geschenkte Alimente[i]), auf die Accrescenzfrage[k]), auf die Unerlaßbarkeit der cautio usufructuaria durch den Testator[l]). Aber die wesentliche Verschiedenheit beider Institute, die formelle, daß die Schenkung ein Vertrag, und die materielle, daß sie keine Gabe aus der Erbschaft ist (§. 72 a. E.), wird dadurch nicht aufgehoben. Sie zeigt sich darin, daß die Fähigkeit zu derselben nicht nach den Grundsätzen von der activen und passiven Testamentifaction zu beurtheilen ist[m]), daß durch Anfechtung des Testaments nicht eine Schenkung verwirkt wird[n]), und daß eine Schenkung von Renten Eine ist[o]).

Sechstes Kapitel.

Fideicommissaria hereditas[a]).

I. Errichtung des Universalfideicommisses.

§. 553.

Im römischen Recht kommt ein Universalvermächtniß in der Form des Legats, partitio, und des Fideicommisses (fideicommissum hereditatis) vor, eine Unterscheidung, die im neuesten Recht antiquirt ist[b]). Ein Universalfideicommiß wird dadurch er-

---

h) L. 8 §. 3 D. de cond. inst. (28, 7).

i) L. 8 §. 2 D. de transact. (2, 15).

k) L. un. §. 14 C. de cad. toll. (6, 51).

l) L. 1 §. 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9), vgl. mit L. 7 C. ut in poss. leg. (6, 54).

m) L. 25 §. 1 D. de m. c. don. (39, 6), L. 7 §. 4 D. de don. (39, 5); damit sind auch nicht im Widerspruch L. 7 §. 6 eod., L. 1 §. 1 D. de tut. act. (27, 3), L. 32 §. 8 D. de don. inter vir. (24, 1). Was den Beschenkten anlangt, so darf testamentif. passiva und Capacität (Note d) nicht verwechselt werden.

n) L. 5 §. 17 D. de his qu. ut indig. (34, 9).

o) L. 35 §. 7 D. de m. c. don. (39, 6). Vgl. §. 531.

a) Inst. II. 23: de fideicommissariis hereditatibus. Dig. XXXVI. 1. Cod. VI. 49: ad S. C. Trebellianum.

b) In den Institutionen Justinian's wird der partitio nur historisch gedacht, §. 5 I. h. t.

richtet, daß der Erblasser seinem Erben[c]) aufträgt, die Erbschaft oder einen quoten Theil derselben[d]) einem Andern zu restituiren[e]). Die Form der Errichtung ist die der Vermächtnisse.

II. Erwerbung.

§. 554.

Das Recht des Universalfideicommisses ist zunächst, wie das der Vermächtnisse überhaupt, eine Obligatio zwischen dem Onerirten, Fiduciar und dem Fideicommissar, und entsteht denn auch

---

c) §. 10 I. eod. Ein Vermächtniß, welches einem Vermächtnißnehmer, auch einem Universalvermächtnißnehmer auferlegt wird, ist nie ein Universalfideicommiß, L. 22 §. 5 D. h. t. (36, 1). Doch ist die Wirkung des S. C. Trebellianum (§. 557) auch auf den übergetragen, der einem Universalfideicommissar fideicommissarisch substituirt ist, L. 1 §. 8 L. 55 §. 2 eod.

d) Kein Universalfideicommiß ist das Vermächtniß, das eine von dem Erben zu erwerbende fremde Erbschaft zum Gegenstand hat, L. 27 §. 8—10 eod.: Trebellianum senatusconsultum locum habet quotiens quis suam hereditatem vel totam vel pro parte fidei heredis committit. Quare si Mevius te heredem instituerit et rogaverit, ut (hereditatem Titii restituas, tuque) hereditatem Mevii adieris, perinde a te fideicommissum petetur, ac si fundum qui tibi a Titio legatus esset, restituere rogatus fuisses. ideoque et si suspectam Mevii hereditatem dixeris, cogi te non oportet eam adire. Quod si Mevius te rogaverit et suam hereditatem et Titianam restituere, tuque sponte adieris hereditatem, uteris legis Falcidiae commodo, et partem quartam Mevianae hereditatis retinebis, dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues. Nec intererit, eidem utramque hereditatem, an alii Mevianam, alii Titianam rogatus fueris restituere. Sed si suspectam Mevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire et restituere ei cui rogatus fueris, is autem cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris, non poterit te compellere ad adeundum. Anders bey einer Erbschaft, die einen Theil der Erbschaft des Testators bildet, L. 16 §. 5 eod.: Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Seiae, quae ad eum pervenerat vel totam vel partem eius, heresque institutus suspectam dicat, cum placeat illud quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones, dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum adire et restituere hereditatem, totamque hereditatem ad eum cui restituitur, pertinere. Vgl. Hasse, Rhein. Museum III S. 500 ff.

e) Stillschweigend: clausula codicillaris (§. 534), Auftrag an den Erben, seine eigene Erbschaft jemandem zuzuwenden, L. 17 pr. 74 pr. §. 1 eod., L. 41 §. 3 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6), L. 77 §. 25 L. 88 §. 16 D. de leg. II. (31).

auf gleiche Weise (§. 539). Hier ist aber das Eigenthümliche festgesetzt, was mit der erbrechtlichen Natur des Universalfideicommisses (§. 557) zusammenhängt, daß soweit es in dem Willen des Fiduciars steht, Erbe zu werden[a]), der Fideicommissar ihn anhalten kann, die Erbschaft anzutreten, und dadurch das Fideicommiß, aber auch den übrigen Inhalt des Testaments aufrecht zu erhalten[b]). Diese Verbindlichkeit des Fiduciars geht auf dessen Erben über[c]). Der Fideicommissar muß die ganze Erbschaft übernehmen[d]), und den Fiduciar wegen jedes Nachtheils, der ihm aus dem Antritt erwächst, schadlos halten und sicher stellen[e]), wogegen der erzwungene Antritt für den Fiduciar auch die vortheilhaften Folgen nicht hat, die der freiwillige gehabt hätte[f]).

III. Restitution.

§. 555.

Der Erbe tritt durch den Erwerb des Erbrechts in die Verbindlichkeit zur Restitution, und bis diese geschieht, gegen Ersatz seiner Verwendungen, zur Erhaltung und Bewahrung der Gegenstände, wobey er dolus und culpa lata prästirt, und wenn er nur theilweise restituirt, diligentia in suis rebus[a]). Die Zeit

---

a) Dieß ist auch der Fall bey einer Potestativbedingung, deren Erfüllung für den Erben indifferent ist, oder welche der Prätor remittirt, L. 31 §. 2 L. 63 §. 7—10 D. h. t. (36, 1), L. 7 eod.

b) L. 6 I. h. t. (2, 23), L. 4. 6. 14 §. 1. 3. 5—8 L. 53 D. h. t. (36, 1).

c) L. 7 §. 1 C. h. t. (6, 49). Ueber den Fall, wenn der Fiduciar vor dem Testator gestorben ist, L. 14 D. de test. mil. (29, 1).

d) L. 14 §. 5 L. 16 §. 4 D. h. t. (36, 1).

e) L. 11 pr. 27 §. 15 eod.

f) §. 7 in f. I. h. t. (2, 23), L. 14 §. 4 L. 27 §. 2. 14 L. 43. 45 D. h. t. (36, 1). Was er implendae conditionis causa erhält, behält er im Zweifel, L. 44 §. 5 D. de cond. et dem. (35, 1), ferner die Sachen, die nicht Gegenstand des Fideicommisses sind, L. 27 §. 1 L. 42 §. 1 L. 55 pr. §. 3 D. h. t. Die Falcidische Quart zieht der Universalfideicommissar hier eben so ab, wie der Erbe sie bey freiwilligem Antritt hätte abziehen können, L. 3 pr. §. 2 L. 55 §. 2 eod.

a) L. 19 §. 2 L. 22 §. 3 D. h. t. (36, 1). Eine Veräußerung ist nichtig, L. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. (6, 43); Ausnahmen: wenn die Veräußerung zur Bezahlung der Schulden, soweit sie den Fideicommissar mittreffen, nothwendig war, L. 38 pr. D. de leg. III. (32), wenn sie zur Er-

der Restitution ist, wenn dies fideicommissi venit, und ihre gesetzlichen Wirkungen (§. 557) treten nicht ein, wenn sie früher erfolgt, doch hat eine nach dem Eintritt der wahren Zeit erfolgte Ratihabition retrotractive Wirkung[b]). Sie geschieht durch eine gewöhnliche Willenserklärung an den Fideicommissar oder seinen Bevollmächtigten[c]).

§. 556.

Der Gegenstand der Restitution bestimmt sich durch den Gegenstand des Fideicommisses[d]); dahin gehört nicht, was der Fiduciar nicht aus der Erbschaft[e]), oder nicht als Erbe erhält[f]), auch das Prälegat nicht, wenn sein Erbtheil der Gegenstand des Fideicommisses ist[g]), und unter dieser Voraussetzung eben so wenig die accrescirende Portion[h]). Ist der Gegenstand von dem Erblasser so bestimmt: quidquid ex hereditate supererit (nämlich zur Zeit des Todes des Fiduciars), so kann der Fiduciar drey Viertheile nach Belieben, das letzte Viertheil aber nur im Fall der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen verbrauchen[i]).

IV. Wirkungen der Restitution.

§. 557.

Durch das S. C. Trebellianum und die Erweiterung seiner Anwendung im späteren Recht ist es geschehen, daß der Univer-

haltung des Vermögens nöthig war, also bey dem Verderb ausgesetzten Sachen, an deren Stelle sodann der dafür erhaltene Preis tritt, — Erlaubniß des Testators (§. 556 a. E.), L. 70 §. 3 L. 71 D. de leg. II. (31), Zustimmung des Fideicommissars, L. 11 C. de fideic. (6, 42).

b) L. 10 D. h. t. (36, 1).

c) L. 37 pr. §. 2 L. 38. 40 §. 2 L. 41 eod.

d) Vermehrt wird er durch die Früchte bis zum Antritt der Erbschaft, L. 18 pr. §. 2 L. 27 §. 1 eod. (Vgl. Hoffmann, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. Neue Folge. I. 3 [1844]. R.)

e) L. 59 in f. L. 62 eod., L. 22 §. 4 eod.

f) L. 72 eod., L. 44 §. 4 D. de cond. et dem. (35, 1).

g) L. 3 §. 4 L. 18 §. 3 D. h. t. (36, 1).

h) Vgl. L. 43 eod. Bestritten; eine ausführliche Erörterung der Frage mit dem Resultat für die Erstreckung auf die accrescirende Portion giebt Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VI. 10, s. auch Jhering, Abhandlungen S. 11 ff.

i) Nov. 108 c. 1. 2, vgl. L. 54 D. h. t. (36, 1), L. 70 §. 3 L. 71 72 D. de leg. II. (31).

salfideicommissar, soweit ihm die Erbschaft, dem Willen des Erblassers gemäß, restituirt ist, wie ein Erbe behandelt wird, der Erbe also insoweit nicht als Erbe gilt[a]), sey es daß jenem nur ein Theil der Erbschaft, nach der Anordnung des Testators oder vermöge des Abzugs der Quart[b]), oder daß ihm die ganze Erbschaft nach dem Willen des Testators restituirt worden ist[c]). Die Restitution aber von mehr, als der Erblasser angeordnet hat, ist für den Ueberschuß eine gewöhnliche Veräußerung der Erbschaft[d]), wenn der Erbe nicht gezwungen antrat (s. §. 554)[e]). Der Fideicommissar haftet wie der Erbe haften würde, daher nützt ihm dessen Antritt mit dem beneficium inventarii; für die Vermächtnisse haftet er nie über das, was er erhält[f]). Der Erbe, welcher nur einen Theil restituirt hat, haftet im Verhältniß dessen was er behält, den Vermächtnißnehmern wie den Gläubigern[g]). Aber diese Haftung darf nicht mit seinem Anspruch auf die Falcidische und Trebellianische Quart in Collision kommen. Diese Quart zieht der Erbe von den Singularvermächtnissen und dem Universalfideicommiß (welches in dieser Hinsicht wie eines von jenen behandelt wird) zugleich ab. Daher kann er von dem, was er als Quart hat, nicht erst wieder Vermächtnisse zu entrichten haben[h]).

---

a) §. 4. 7 I. h. t. (2, 23), L. 1 §. 1. 2 D. h. t. (36, 1), L. 63 pr. §. 2 eod., L. 1. 8 C. eod. (6, 49), L. 59 pr. D. eod.

b) L. 27 §. 11 L. 80 eod.

c) Der vom Testator verstattete Abzug eines einzelnen Gegenstands ändert die Eigenschaft des Fideicommissars als dem Effect nach alleinigen Erben nicht, §. 9 I. h. t. (2, 23), L. 63 §. 3 D. h. t. (36, 1).

d) L. 63 §. 3 cit.

e) Vgl. L. 45 eod.

f) L. 1 §. 17 eod.

g) Philipp. L. 2 C. h. t. (6, 49).

h) L. 1 §. 21 L. 3 pr. D. h. t. (36, 1): Idem Iulianus scribit, si is qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legasset, et deductis centum rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat, debere dici, deductis centum restituta hereditate legatorum actionem in fideicommissarium dari. — Marcellus autem apud Iulianum in hac specie ita scribit: si ad heredis onus esse testator legata dixerit et heres sponte adiit hereditatem, ita debere computationem Falcidiae iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta vero legata, ut in septem partes trecenta dividantur, et ferat quattuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius.

Siebentes Kapitel.

Indignität[a]).

I. Allgemeines.

§. 558.

Das Erbrecht, welches einer Person deferirt worden, das Vermächtniß, welches ihr erworben ist, wird ihr in gewissen durch das Recht bestimmten Fällen, als dieser Succession unwürdig, ganz oder theilweise entzogen. Diese Ereption setzt mithin die Delation des Erbrechts, den Erwerb des Vermächtnisses durch den Unwürdigen voraus[b]), auch die Erwerbung des Erbrechts durch den Indignus wird dadurch nicht ausgeschlossen, und eine durch sie zum Nachtheil desselben eingetretene Confusion regelmäßig nicht wieder aufgehoben[c]), doch ist dieser Erwerb keine wesentliche Voraussetzung der Ereption[d]). Das ereptorium geht über auf den Ereptor, wie es dem Indignus zugedacht war[e]), also mit den Lasten[f]), aber auch mit den Früchten[g]). Die Indignität ist größtentheils in solchen Fällen ausgesprochen, wo der Indignus sich gegen die gebührende Achtung vor dem Erblasser oder seinen Geboten, und gegen die schuldige Dankbarkeit vergangen hat, so daß der Rechtssatz dem Unwürdigen entzieht,

---

Quodsi suspecta dicta sit hereditas et non sponte heres adiit et restituit, centum quidem de quadringentis, quae habiturus esset heres, resident apud fideicommissarium, in reliquis autem trecentis eadem distributio fiet, ut ex his quattuor partes habeat fideicommissarius, reliquas tres legatarius. nam iniquissimum est, plus ferre legatarium ideo quia suspecta dicta est hereditas, quam laturus esset, si sponte adita fuisset. L. 1 §. 17. 20 L. 2 L. 3 §. 2 eod.

a) Dig. XXXIV. 9: de his quae ut indignis auferuntur. Cod. VI. 35: de his quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad S. C. Silanianum.

b) L. 25 §. 1 D. h. t.

c) L. 8. 17. 18 §. 1 eod.

d) Vgl. daher L. un. §. 12 C. de cad. toll. (6, 51).

e) L. 43 D. de iure fisci (49, 14).

f) L. 5 §. 4 L. 12. 16 §. 2 L. 18 §. 1 D. h. t. (34, 9), L. 3 §. 5 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), L. 60 §. 1 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 3 §. 4 L. 11. 14 D. de iure fisci (49, 14).

g) L. 17. 18 pr. D. L. 1 C. h. t.

was der Erblasser ihm wohl selbst, wenn er darüber zu urtheilen gehabt hätte, entzogen haben würde. Doch giebt es einige Fälle, wo andere Rücksichten auf diese Folge geführt haben (§. 559, 7. 8).

II. Die einzelnen Indignitätsfälle.

§. 559.

Die meisten Indignitätsfälle treffen ebensowohl den Erben als den Vermächtnißnehmer. In diesem Umfang ist indignus

1) wer den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrläßigkeit verschuldet hat[a]);

2) der Erbe, welcher unterläßt, die Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers zu bewirken; Minderjährigkeit entschuldigt[b]). Nur der Erbe ist zu dieser ultio necis verpflichtet, aber dieser verliert nicht bloß das (testamentarische oder Intestat-) Erbrecht, sondern auch die ihm hinterlassenen Vermächtnisse[c]);

3) wer bey Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Willen über die Verlassenschaft paciscirt hat[d]);

4) wer die Rechtsfähigkeit des Testators, aus dessen letztem Willen ihm etwas zukommen soll, angefochten hat[e]);

5) wer den letzten Willen als verfälscht oder inofficios oder durch die bon. poss. contra tabulas angefochten, oder eine solche Anfechtung, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht dazu genöthigt zu seyn, unterstützt hat, hinsichtlich dessen, was ihm in dem angefochtenen Willen zugewendet ist (also z. B. nicht hinsichtlich des im Testament ihm Hinterlassenen, wenn er nur einen Codicill angefochten hat)[f]);

6) wer den Erblasser dolose an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat; er ist indignus im ersten Fall hinsichtlich der Intestaterbfolge, im zweiten Fall hin-

---

a) L. 3 D. h. t. (34, 9), L. 10 C. eod. (6, 35).

b) L. 21 D. L. 1. 6. 7 C. eod., L. 15 D. de S. C. Silan. (29, 5).

c) L. 15 §. 1 eod.

d) L. 2 §. 3 D. h. t. (34, 9), L. 29 §. 2 L. 30 D. de donat. (39, 5).

e) L. 9 §. 2 D. h. t. (34, 9).

f) L. 2 pr. 5 §. 7—19 L. 7. 15. 22 eod., L. 18 §. 1 D. de b. p. contra tab. (37, 4).

sichtlich des in dem abzuändernden letzten Willen ihm Hinterlassenen[g]);

7) wer sich gegen den Erblasser anheischig gemacht hat, das ihm Hinterlassene ganz oder zum Theil, oder auch etwas anderes einer unfähigen Person zu restituiren (tacitum fideicommissum), mit Ausnahme des Kindes in der väterlichen Gewalt des Erblassers, welches aus schuldigem Gehorsam den Auftrag übernommen hat; das, was jener restituiren sollte, wird ihm entrissen, so daß ihm kein Vortheil davon bleibt[h]);

8) wer mit dem Erblasser wissentlich in einer verbotenen Geschlechtsverbindung gelebt hat[i]).

In allen diesen Fällen vindicirt der Fiscus das von dem indignus Verwirkte.

9) Wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer eine ihm vom Erblasser gültig gemachte Auflage ein Jahr lang, nachdem er durch richterlichen Bescheid zur Erfüllung aufgefordert ist, unerfüllt läßt, so verliert er das ihm Hinterlassene (wenn es ein pflichttheilsberechtigter Erbe ist, bis auf seinen Pflichttheil, ein Anderer ganz). Die Personen, die es, wenn sie sich zur Erfüllung der Auflage anheischig machen, erhalten, sind vor allem der Substitut des indignus, dann die es sonst vermöge Accrescenzrecht erhalten hätten (dann bey indignis legatariis die Erben, welche bey indignis heredibus eben die Accrescenzberechtigten sind), dann die Universalfideicommissarien, dann die Vermächtnißnehmer (unter den beiden letzteren bestimmt die Größe des Universalfideicommisses oder Vermächtnisses die Ordnung), dann die Intestaterbberechtigten nach der Ordnung der Intestaterbfolge (nur mit Ausnahme der vom Erblasser Enterbten), endlich jeder Andere, der die obige Bedingung erfüllt. Findet sich aber keine von den genannten Personen, die das dem in-

---

g) Dig. XXIX. 6. Cod. VI. 34: si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. L. 19 D. h. t. (34, 9).

h) L. 10. 11. 18. 23 eod., L. 17 §. 2 D. de usur. (22, 1), L. 3 §. 4 D. de iure fisci (49, 14).

i) L. 2 §. 1 L. 13. 14 D. h. t. (34, 9), L. 4 C. de incestis nupt. (5, 5). Nur eine Anwendung auf Soldaten, nicht einen besonderen Indignitätsgrund enthält L. 41 §. 1 D. de test. mil. (29, 1). (Savigny, System II Beilage 7. W. Sell, in Sell's Jahrb. III S. 424—459. R.)

dignus Entrissene annimmt, so zieht es der Fiscus ein, und dieser ohne die Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage[k]).

10) Wenn ein Erbe oder Vermächtnißnehmer die ihm vom Erblasser aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kinds desselben ablehnt, so verliert er das um dieses Auftrags willen Hinterlassene, den Erbtheil an den Miterben, das Vermächtniß an den Onerirten[l]).

11) Wer im Testament als Vormund bestellt ist und sich excusirt, vorausgesetzt daß nicht die Absicht des Testators, ihm das Hinterlassene unabhängig von jener Bestellung zuzuwenden, nachgewiesen wird, verliert das Hinterlassene an die, welche es ohne dessen Anordnung gehabt hätten[m]).

12) Dasselbe gilt von dem, welchem etwas zugewendet worden ist, damit er das Begräbniß des Erblassers besorge, wenn er dieß unterläßt[n]).

§. 560.

Folgende Fälle beziehen sich bloß auf Erbschaften, nicht auf Vermächtnisse:

1) die Indignität des Erben, hinsichtlich dessen der Testator nachher seinen Willen geändert hat, ohne jedoch das Testament oder die Erbeinsetzung wirklich aufzuheben, also wenn der Testator auf irgend eine Art den Willen kund gethan hat, daß jener nicht sein Erbe seyn solle, wohin auch gehört, wenn er seinen Namen (nicht die Erbeinsetzung) durchstrichen, oder nach-

---

k) Nov. 1 c. 1. 4. Ob c. 2 §. 2 dieser Novelle nur eine Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall der theilweisen Nichterfüllung, durch Zurückbehalten der Quart, wo der Erbe nicht dazu berechtigt ist, enthält (herrschende Ansicht), oder eine ganz neue Vorschrift, wodurch die Folge der Repudiation des Erbrechts auf eine von den Principien des ius commune völlig abweichende Weise bestimmt würde, ist streitig. Für die letztere Meinung s. Löhr, Archiv für civ. Pr. V. 15 (1822), Heimbach, Zeitschr. f. Civilr. u. Civilpr. XIII S. 369 ff. (1839); für die herrschende Ansicht Francke, Beiträge (1828) S. 148 ff. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück XXXIX S. 54 ff. (1837). Vangerow, Leitfaden §. 459 (1840).

l) L. 1 §. 3 D. ubi pup. (27, 2).

m) L. 5 §. 2 D. h. t. (34, 9), L. 25 C. de legat. (6, 37), L. 28 §. 1 L. 32—36 D. de excus. (27, 1).

n) L. 12 §. 4 D. de relig. (11, 7).

her ein anderes aber ungültiges Testament gemacht hat, ohne ihn darin einzusetzen[o]);

2) der Erbe, den der Testator für sein Kind gehalten hat, und der nach dessen Tod als untergeschoben befunden wird[p]).

3) Wenn der Erbe erbschaftliche Sachen bey Seite schafft, um die Vermächtnißnehmer zu verkürzen, so wird ihm als indignus die Falcidische Quart des Werths dieser Sachen entzogen[q]).

In diesen drey Fällen vindicirt ebenfalls der Fiscus das dem indignus Entzogene. Indignus ist ferner:

4) der Erbe, der sich des wahn- oder blödsinnigen Erblassers auf Aufforderung nicht angenommen hat. Der Verpfleger des Erblassers vindicirt den Erbtheil des indignus[r]).

5) Wenn Kinder ihre Eltern oder Eltern ihre Kinder, oder ein sonstiger Erbe den Erblasser, während er weiß, daß er sein testamentarischer oder Intestaterbe ist, in feindlicher Gefangenschaft gelassen haben, ohne sie losgekauft zu haben, so sind sie, sofern sie wenigstens 18 Jahre alt waren, der Erbschaft des in der Gefangenschaft und Unfähigkeit, ihr liebloses Betragen selbst zu bestrafen, verstorbenen Erblassers unwürdig; dieselbe soll an die Kirche seines Geburtsortes fallen, und von dieser zur Loskaufung von Gefangenen verwendet werden[s]).

6) gehört hieher die Verwirkung der Intestaterbfolge und Substitution durch Versäumung der petitio tutoris (§. 339), und

7) von Seiten der Geschwister durch gewisse Vergehen gegen den Erblasser (§. 448 Note d).

---

o) L. 12. 16 §. 2 D. h. t. (34, 9), L. 4 C. eod. (6, 35). Ein Vermächtniß wird durch einen solchen Widerruf ungültig, eine Erbeinsetzung nicht, daher kann hier nur von der letztern die Rede seyn, denn nur das, was gültig hinterlassen ist, kann dem Bedachten als einem indignus entrissen werden. — In L. 22 D. de adim. leg. (34, 4) heißt hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur (ein Ausdruck, der allerdings sonst auch in Beziehung auf die Indignität gebraucht wird) nach dem Gegensatz, in welchem er dort steht, nur so viel als: es ist ihm deferirt und er kann erwerben; von der Indignität, die durch die Gültigkeit der Delation nicht ausgeschlossen, ja sogar erst möglich wird, ist dort gar nicht die Rede.

p) L. 46 pr. D. de iure fisci (49, 14).

q) L. 6 D. h. t. (34, 9).

r) Nov. 115 c. 3 §. 12.

s) Nov. 115 c. 3 §. 13 c. 4 §. 7. Vgl. wegen des Ortes, dessen Kirche berechtigt ist, Osenbrüggen zur Interpret. Kap. 5.

§. 561.

Von Vermächtnißnehmern allein sollen folgende Indignitätsfälle gelten:

1) Verheimlichung des Testaments[t]).

2) Entwendung von Sachen aus der Erbschaft, der Vermächtnißnehmer verliert an seinem Vermächtniß den Werth des Entwendeten[u]).

3) Beschimpfung des Testators, nachdem dieser das Vermächtniß errichtet hat, unter Umständen, wo eine stillschweigende Aufhebung des Vermächtnisses durch den Testator selbst nicht angenommen werden kann[v]).

In diesen drey Fällen bleibt das ereptorium dem Onerirten.

---

t) L. 25 C. de legat. (6, 37). Es ist bloß der Vermächtnißnehmer, nicht der Erbe genannt, der das Testament verheimlicht. Man müßte aber wohl die Indignität auch auf diesen beziehen, so gut als in dem andern von dem Gesetz erwähnten Fall (Note m).

u) L. 5 C. eod.

v) L. 1. 9 §. 1 D. h. t. (34, 9), L. 31 §. 2 D. de adim. leg. (34, 4).

Neuntes Buch.

Rechte an einem Vermögen außer dem Erbrecht.

Quarta Divi Pii.

§. 562.

Der während seiner Unmündigkeit Arrogirte (§. 443) kann zur Erbschaft des Arrogators als Intestat- oder testamentarischer Erbe berufen seyn. Aber eine Constitution des Antoninus Pius hat ihm für die Fälle, wo der Arrogator jenes Erbrecht direct oder seinem Effect nach zu vereiteln suchen würde, ein besonderes Recht auf den vierten Theil des Vermögens des Arrogators gegeben. Es tritt in Wirksamkeit: 1) wenn der Unmündige in der Gewalt geblieben, aber von dem Arrogator enterbt oder mit weniger als der Quart bedacht ist, 2) wenn er ohne eine rechtmäßige Ursache emancipirt und dadurch um die Erbschaft oder den ihm gebührenden Theil derselben gebracht ist, 3) wenn der Arrogator ihn durch Veräußerungen inter vivos verkürzt hat[a]). Das Recht der Quart ist kein Erbrecht, sondern eine Forderung an die Erbschaft und gegen die Erben, doch wird es dem Effect nach dem Erbrecht analog behandelt[b]). Im Fall einer zu seinem Nachtheil vorgenommenen Veräußerung hat der Unmündige gegen die Empfänger auf Herausgabe oder Ergänzung seiner Quart, soweit sie noch etwas davon haben, die actio quasi Faviana, wenn der Arrogator mit einem Testament, die actio quasi Calvisiana, wenn er ohne Testament verstorben ist.

---

a) §. 3 I. de adopt. (1, 11), L. 2 C. eod. (8, 48), L. 22 pr. D. eod. (1, 7), L. 3 §. 3 L. 5. 10 ult. D. si quid in fraud. patr. (38, 5).

b) L. 2 §. 1 D. fam. erc. (10, 2), L. 8 §. 15 D. de inoff. test. (5, 2), L. 1 §. 21 D. de collat. (37, 6).

Bona ereptoria.

§. 563.

Die Erbschaft, welche einem Unwürdigen ganz oder zu einem quoten Theil entzogen wird (§. 558 ff.), fällt zuweilen an die Personen, welche sie ohne den Indignus erhalten hätten (§. 559, 10—12. §. 560, 6. 7); das Recht dieser ist ein wahres Erbrecht. Ein solches kann nicht das Recht derer genannt werden, denen gegen den gewöhnlichen Erbgang solche ereptoria zugewiesen werden, sey es der Fiscus oder seyen es andere Personen. Aber insofern diese von ihrem Anspruch Gebrauch machen, haben sie ein Recht an dem Vermögen, das nach der Analogie des Erbrechts behandelt wird, und aus dem namentlich auch eine actio in rem de universitate entspringt, auf welche die Grundsätze von der hereditatis petitio anwendbar sind[a]).

Bona vacantia[a]).

§. 564.

Das Recht, erblose Güter an sich zu nehmen, ist vor allem gewissen Corporationen in Beziehung auf Hinterlassenschaften ihrer Glieder, wenn kein Erbe dazu existirt, gegeben[b]), sodann dem Fiscus, welchem die Güter durch die Anzeige des Vacanzfalls deferirt, und durch Annahme nach vorhergegangener Untersuchung

---

a) L. 16 §. 2 D. de his quae ut ind. (34, 9), L. 2 §. 47 D. ad S. C. Tertull. (38, 17), L. 20 §. 6. 7 D. de H. P. (5, 3). Wenn in einem dieser Fälle Nov. 1 c. 1 geradezu sagt, die Vindicanten der ereptoria würden Erben, so ist dieß ein ungenauer, die Verschiedenheit des Begriffs über der Gleichheit der Wirkung vernachläßigender Ausdruck.

a) Cod. X. 10: de bonis vacantibus et de incorporatione. 14: si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. VI. 62: de hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. Vgl. Blume, Rhein. Museum IV. 6 (1833), und dagegen Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. X. 3 (1836), Schmidt (Ilmen.), de successione fisci in bona vacantia (1836).

b) Der Kirche in Beziehung auf ihre Geistlichen, L. 20 C. de episc. et cler. (1, 3), Nov. 131 c. 13; dem Regiment, in dem der Verstorbene als Soldat diente, L. 2 C. de her. decur. (6, 62), L. 6. 7 D. de iniusto test. (28, 3); nach der Praxis auch den Universitäten, und dem Armeninstitut, in welchem der Verstorbene unentgeltlich verpflegt wurde, Glück, Intestaterbfolge §. 204.

ihrer Zuträglichkeit erworben werden[c]). Die Personen treten in die Gesammtheit des Vermögens ein, und haben ein Recht am Vermögen, welches als Erbrecht zu bestimmen zwar der Eigenschaft der Güter als erbloser widersprechen würde, das aber sowohl den darin enthaltenen Berechtigungen nach, als auch in Beziehung auf die damit verknüpften Verbindlichkeiten dem Erbrecht analog behandelt wird[d]). Veräußert der Fiscus die Güter, so erwirbt der Käufer dieses Recht[e]), der Fiscus wird von den Verbindlichkeiten befreit[f]). Neben dem Recht dieser Personen tritt für den socius liberalitatis imperialis, wenn er mit dem Verstorbenen bis zu dessen erblosem Tod in Gemeinschaft des von dem Regenten ihnen geschenkten Guts geblieben ist, eine gesetzliche Singularsuccession (durch eine Art Accrescenzrecht) ein[g]).

Nur eine natürliche Person kann Erben haben, daher sind die Güter einer aufgehobenen juristischen Person, gleichviel ob einer Corporation oder einer universitas bonorum, stets erblose Güter, bona vacantia[h]). Ueber das Schicksal dieser Güter kann

---

c) L. 4. 5 C. de bon. vac. (10, 10), L. 2 D. de succ. ed. (38, 9). Durch Ablauf von vier Jahren sind die Besitzer gegen den Anspruch des Fiscus gesichert, L. 1 C. de quadriennii praescr. (7, 37), aber schon die Anzeige der Güter an ihn hindert diese Verjährung und die ordentliche Ersitzung, L. 18 D. de usurp. (41, 3).

d) L. 5 C. de bon. vacant. (10, 10), L. 96 §. 1 L. 114 §. 2 D. de leg I. (30), L. 2 §. 1 D. de alim. leg. (34, 1), L. 6 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Denken wir uns den Fiscus als Occupanten (s. Blume a. a. O.), so steht dieß mit der Annahme eines Rechts am Vermögen keineswegs in Widerspruch. Blume, der aus jener Behauptung gegen diese Annahme argumentirt, ist es entgangen, daß das römische Recht selbst eine Analogie für die Verbindung beider Begriffe (Occupation und Universalsuccession) darbietet, nämlich in der Wirkung des Erbrechts, welche das ältere Recht der pro herede usucapio beilegte.

e) L. 54 pr. D. de H. P. (5, 3). Vgl. Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Pr. XIX. 1.

f) L. 1 C. de hered. vend. (4, 39).

g) L. un. C. si lib. imper. (10, 14).

h) Vgl. §. 26 Note c. Die Entscheidung der L. 3 pr. D. de colleg. (47, 22) beruht darauf, daß dort von einem collegium illicitum, also von keiner juristischen Person und mithin auch von keinem Vermögen derselben die Rede ist, sondern von Gütern, die den Einzelnen, die sie zusammengebracht hatten, immer geblieben waren, und bey denen nur die Frage seyn konnte, ob sie dieselben nicht durch ihr unerlaubtes Beginnen verwirkt hätten.

die Staatsregierung gleich bey der Aufhebung durch eine für diesen concreten Fall gültige Verfügung entschieden haben; ist dieß nicht geschehen, so sind sie wie andere bona vacantia dem Fiscus zuzuweisen[i]).

Rechte an dem Vermögen lebender Personen.

§. 565.

Es giebt Fälle, wo eine Person ihr Vermögen bey Lebzeiten verliert, und dieses, gleich wie wenn sie gestorben wäre, als Gesammtheit, einer Erbschaft gleich, durch das Recht andern Personen deferirt wird, die in das Vermögen eintreten, und deren Recht wie ein Erbrecht beurtheilt wird. Dieß ist im römischen Recht vorgeschrieben für den Fall 1) wenn der Vater einen Incest begeht, zu Gunsten seiner rechtmäßigen Descendenten[a]); 2) wenn eine Frau zur Strafe des Ehebruchs auf Lebzeiten ins Kloster gebracht wird, ihr Vermögen fällt, wenn Descendenten vorhanden sind, zu zwey Drittheilen an diese, zu einem Drittheil an das Kloster, wenn Ascendenten, zu einem Drittheil an diese, zu zwey Drittheilen an das Kloster, und ganz an dieses, wenn sie weder Descendenten noch Ascendenten hat[b]). 3) Wenn jemand in Folge eines Verbrechens der Confiscation seines Vermögens oder eines quoten Theils desselben unterliegt, so werden (mit

---

i) Diese Entscheidung, die übrigens aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit hervorgeht (es würde nur etwa außer ihr noch die möglich seyn, solche Güter als herrenlos dem ersten Occupanten zufallen zu lassen), wird auch in L. 5 C. de pagan. (1, 11) gegeben. Die Güter ipso iure an die ehemaligen Glieder der Corporation fallen zu lassen (wie theilweise wenigstens Marezoll, Magazin für Rechtswiss. IV. 11, 7 will), ist nur von dem Standpunkt einer von Grund aus irrigen Auffassung der juristischen Personen selbst möglich. — Es ist denkbar, daß die Glieder einer aufgehobenen Corporation einen Anspruch auf die Güter derselben haben, aber als Gläubiger, z. B. die Actieninhaber bey einer mit Corporationsrechten versehenen Actiengesellschaft.

a) Nov. 12 c. 2, 3.

b) Nov. 134 c. 10. Das Vermögen dessen, der freiwillig ins Kloster geht, soll, wenn er keine Descendenz hat, ganz an das Kloster fallen. Hat er Descendenten, so soll er auch nach seinem Eintritt zu ihrem Besten verfügen können, nur daß dem Kloster wenigstens ein Kindestheil, so wie den Kindern wenigstens der Pflichttheil gebührt, den sie auch, wenn ihr Parens ohne Theilung stirbt, von dem Kloster fordern, Nov. 5 c. 5 Nov. 123 c. 38.

Ausnahme des Falls eines Majestätsverbrechens) seine Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grad, und auch die dürftige Ehefrau, nach den Grundsätzen von der Erbfolge gerufen[c]).

Tritt aber ein solcher Confiscationsfall ein[d]), ohne daß solche Personen vorhanden sind oder die Güter als Erbschaft annehmen, so fällt das Vermögen ipso iure an den Fiscus, dessen Recht von der Zeit der Accusation, zuweilen von der Zeit des begangenen Verbrechens an datirt wird[e]). Dieses Recht ist ein Recht an dem Vermögen; der Fiscus ist den Gläubigern verhaftet[f]), wohin auch die Frau wegen der Dos, und der Vater wegen seiner Rechte an den Adventicien gehören können[g]), nur haftet er, wie es die Natur der Sache mit sich bringt, nicht über den Bestand des Vermögens, und seine Haftung nimmt mit dem Verkauf desselben ein Ende.

---

c) Nov. 134 c. 13.

d) Dig. XLVIII. 20: de bonis damnatorum. 21: de bonis eorum qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt, vel accusatorem corruperunt. Cod. IX. 49: de bonis proscriptorum seu damnatorum. 50: de bonis eorum qui mortem sibi consciverunt.

e) L. 20 D. de accusat. (48, 2), L. ult. D. ad L. Iul. mai. (48, 4), L. 5 §. 4 C. eod. (9, 8), L. 15. 31 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 26. 45 pr. D. de iure fisci (49, 14). Wegen des künftigen Erwerbs s. L. 22 §. 5 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 5 D. de bon. damn. (48, 20), L. 2 C. de bon. proscr. (9, 49).

f) L. 31 pr. D. sol. matr. (24, 3), L. 2 C. ad L. Iul. de vi publ. (9, 12), L. 5 C. de bon. proscr. (9, 49), L. 1 C. de fideiuss. (8, 41).

g) L. 5 pr. §. 1 D. de bon. dam. (48, 20), L. 2 D. de fundo dot. (23, 5).

Register.

Die Zahlen verweisen auf die Paragraphen, die lateinischen Cursivbuchstaben auf die Noten derselben. Die lateinischen Kunstausdrücke nichtrömischen Ursprungs sind mit Cursiv-Schrift gedruckt.

Druck von C. E. Elbert in Leipzig.